



JUSTICE CONSTITUTIONNELLE ET SUBSIDIARITE

L'APPORT DE L'EXPERIENCE CANADIENNE POUR LA CONSTRUCTION EUROPEENNE

Thèse pour le doctorat de droit présentée par

Claire AGUILON

JURY

DIRECTEURS DE RECHERCHES

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS

Professeur à l'Université de Montréal

Guy SCOFFONI

Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix-en-Provence

MEMBRES DU JURY

THIERRY DEBARD

Professeur à l'Université Lyon III

KAREN ELTIS

Professeur à l'Université d'Ottawa

NOURA KARAZIVAN

Professeur à l'Université de Montréal

VALERIE MICHEL

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (Chaire Jean Monnet)

NANETTE NEUWAHL

Professeur à l'Université de Montréal (Chaire Jean Monnet)

ANDRE ROUX

Professeur à l'Institut d'Etudes Politiques d'Aix-en-Provence

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Première partie. La nécessité d'un contrôle juridictionnel de la subsidiarité

Titre I. L'indétermination d'une norme évolutive

Chapitre 1. L'apport de la subsidiarité et ses critères d'application

Chapitre 2. Les limites de la subsidiarité

Titre II. Le contrôle de la subsidiarité par les institutions politiques

Chapitre 1. Le rôle des institutions politiques centrales dans le respect du principe de subsidiarité

Chapitre 2. Le rôle des institutions politiques Etatiques et infra étatiques dans le contrôle de la subsidiarité

Deuxième partie. L'étendue du contrôle juridictionnel de la subsidiarité

Titre I. L'expression jurisprudentielle des limites de la justiciabilité de la subsidiarité

Chapitre 1. La difficulté pour les Cours de contrôler un principe ambivalent

Chapitre 2. La limite ténue entre subsidiarité et proportionnalité

Titre II. Les réticences des Cours à assumer leur pouvoir de contrôle

Chapitre 1. L'autolimitation des Cours dans leur contrôle de la subsidiarité

Chapitre 2. La légitimité d'un contrôle substantiel de la subsidiarité

CONCLUSION

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

Institutions et traités

CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CJ	Cour de justice
CS	Cour suprême du Canada
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UE	Union Européenne

Revues

AJDA	L'Actualité juridique de droit administratif
RAE LEA	Revue des Affaires Européennes (Law and European Affairs)
RDP	Revue du droit public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDE	Revue internationale de droit économique

RTDE

Revue trimestrielle de droit
européen

Abréviations bibliographiques

coll.

Collection

éd.

Edition

Ibid.

Ibidem

p.

Page (numéro de la page)

pp.

Page (première page et dernière
page)

Vol.

volume

MODE DE CITATION

Le mode de citation généralement utilisé à celui préconisé par le guide Lluellas.

Précisions relatives à la citation de jurisprudence des juridictions les plus couramment citées :

Jurisprudence de la Cour de justice

Décisions

- *Intitulé de la cause*
- Numéro d'affaire
- Date de la décision
- Numéro de § pertinent (lorsque nécessaire)

Conclusion d'avocats généraux

- Nom de l'avocat général et date des conclusions
- *Intitulé de la cause sur laquelle porte la décision*
- Numéro de l'affaire sur laquelle porte les conclusions
- Date de la décision sur laquelle portent les conclusions
- Numéro de § pertinent (lorsque nécessaire)

Avis

- Numéro de l'avis: Avis...
- Date de l'avis
- Numéro du recueil de jurisprudence: Recueil de jurisprudence...

Les arrêts sont disponibles sur le site Internet de la Cour de justice (<http://curia.europa.eu>).

Jurisprudence de la Cour suprême

- *Intitulé de la cause*
- [Année]
- Numéro de volume
- Recueil: R.C.S. ou S.C.R.
- Série
- Page ou § pertinent (lorsque nécessaire)

Les arrêts sont disponibles sur le site Internet de la Cour suprême (<http://www.scc-csc.gc.ca>).

INTRODUCTION

« La subsidiarité procède d'une exigence morale, qui fait du respect de la dignité et de la responsabilité des personnes qui la composent, la finalité de toute société »¹.

1. L'objet de cette étude est de déceler l'entrave à un contrôle juridictionnel efficace de la subsidiarité, principe pourtant indispensable à un partage des compétences équilibré. Son application effective permettrait non seulement de renforcer l'efficacité du droit de l'Union Européenne mais aussi de redorer l'image d'une Union Européenne confrontée au scepticisme d'une partie de l'opinion publique.

La Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union Européenne refusent en effet de contrôler l'opportunité de l'intervention de l'entité centrale, même si la Cour suprême et la Cour de justice de l'Union Européenne, suivant la tendance actuelle, se réfèrent à des arguments de plus en plus substantiels pour se prononcer. Un contrôle plus substantiel de ce principe pourrait s'avérer nécessaire à l'application d'une véritable subsidiarité. La subsidiarité étant par nature ambivalente, le contrôle de ce principe ne saurait systématiquement jouer dans un sens ascendant sans le vider de sa substance.

2. Ce principe de bon sens permet de déterminer, lorsque plusieurs sphères de pouvoir coexistent, quel niveau est le mieux à même d'exercer une compétence pour atteindre un objectif : le niveau supérieur n'intervenant que dans les cas où les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes. Il consiste à ne faire ensemble que ce qui ne peut être fait seul ou peut être mieux fait collectivement qu'individuellement². Les niveaux de gouvernement étant au service des citoyens, la subsidiarité vise à la défense des droits des justiciables et non d'un pouvoir politique en particulier³.

¹Jacques DELORS, Discours à l'occasion de l'ouverture de la 40e année du collège d'Europe, Bruges, 17 Octobre 1989, Europe Documents. Agence internationale d'information pour la presse. Bruxelles, en ligne: http://www.cvce.eu/obj/discours_de_jacques_delors_bruges_17_octobre_1989-fr-5bbb1452-92c7-474b-a7cf-a2d281898295.html (consulté le 20 octobre 2013omn)

²Francis Tain, « Le Renvoi préjudiciel et la subsidiarité », Liège,RAE LEA 1998 102. Joël Andriantsimbazovina, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », revue des affaires européennes, 1998, p. 28.

³ Richard Siméon énumère les justifications d'un gouvernement fédéral: effectivité, Communauté, démocratie. L'effectivité justifie une action du niveau

Tout conflit doit être tranché en faveur des justiciables. La recherche d'efficacité du droit associé à la subsidiarité ne constitue elle-même qu'un moyen d'assurer l'intérêt des personnes.

3. Les acceptions de la subsidiarité abondent. Le principe de subsidiarité entendu comme instrument de régulation de l'exercice des compétences partagées, sur lequel portera cette étude, peut être distingué de la subsidiarité politique, qui préside au partage des compétences. Dans le cadre des normes primaires, la subsidiarité politique permet d'expliquer la logique prévalant à la répartition des compétences. Si la subsidiarité politique ne fut pas véritablement développée lors de la rédaction des traités, il semblerait qu'elle ait influencé le partage des compétences. Par conséquent, la frontière entre ces deux aspects de la subsidiarité ne peut être conçue de façon étanche.

4. En droit, la subsidiarité peut exercer une fonction institutionnelle ou substantielle. Nous nous intéresserons à la subsidiarité institutionnelle dans la mesure où elle permet de définir les compétences des institutions politiques. La subsidiarité institutionnelle permet aussi de régir les compétences des institutions juridictionnelles. La subsidiarité juridictionnelle, ou contentieuse, permet de réguler la compétence entre les Cours des différents niveaux de pouvoir qui se superposent. Elle est envisagée par rapport aux garanties juridictionnelles donc procédurales. Alors que la subsidiarité politique permet de se prononcer sur l'applicabilité d'une norme en fonction de son auteur, la subsidiarité substantielle vise le contenu de la norme à laquelle elle s'applique.

5. La subsidiarité substantielle, aussi appelée subsidiarité matérielle ou normative, est envisagée par rapport au contenu normatif d'ordres juridiques. Elle prend tout son sens dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En droit européen, la subsidiarité vise à résoudre des conflits entre normes des Etats et du Conseil de l'Europe. Elle découle des articles 1 et 53 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, selon lesquels les droits conventionnels représentent un standard minimum, dans une logique de complémentarité avec les ordres nationaux. Une préoccupation qualitative est à l'origine de cette subsidiarité qui permet une meilleure protection des droits fondamentaux.

Ces aspects de la subsidiarité ne peuvent être radicalement dissociés. L'organisation par la subsidiarité, sur le plan institutionnel, de l'exercice des souverainetés ne peut être parfaitement comprise sans qu'il ne soit fait

de gouvernement qui possèdera la plus grande capacité à agir et dont la politique répondra le plus efficacement aux besoins des citoyens. Le principe de Communauté justifie l'intervention du niveau de gouvernement qui représente le mieux la Communauté concernée. Enfin, la justification démocratique est utilisée pour légitimer l'intervention du niveau de gouvernement qui promeut le mieux la démocratie; les collectivités restreintes se référant au principe de démocratie de proximité et les collectivités les plus larges arguant de leur plus grande représentativité. Richard SIMEON, « Criteria for Choice in Federal Systems. » *Queen's Law Journal* 8 (1982): p. 131.

référence à la capacité de ce principe, entendue dans son sens le plus large, à délimiter le champ d'action de l'Etat interventionniste et de la sphère privée.

6. Ce principe, qu'il soit ainsi nommé ou non, est présent dans toute organisation évoluant dans une dynamique fédérale, permettant à des niveaux de pouvoir coexistants, de répondre à une double exigence d'efficacité de l'entité centrale et d'autonomie des entités englobées. Le vocable « subsidiarité » provient des termes latins « subsidium⁴ » et « subsidiarius⁵ ». Cette étymologie souligne ce double aspect de la subsidiarité. Est subsidiaire ce qui est accessoire, secondaire, mais également ce qui est complémentaire, supplétif. Le principe de subsidiarité implique la non-entrave par un niveau de gouvernement des compétences de l'autre, mais également une attitude positive.

7. Une organisation subsidiaire des pouvoirs nécessite une interrogation sur les finalités, l'autorité et le rôle du pouvoir. Dans son sens premier, il assure la régulation des relations de l'Etat avec les collectivités décentralisées, d'une part, et avec la sphère privée d'autre part. Il sera utilisé ici dans un autre sens, en tant que principe définissant une articulation verticale entre les ordres juridiques et permettant de régir les rapports entre les différents corps de la société. L'application du principe de subsidiarité permet une plus grande efficacité du droit. En outre, elle devrait, en limitant les interventions injustifiées de sphères de pouvoirs éloignées des citoyens, accroître la légitimité de ces dernières. Le principe de subsidiarité devrait ramener une certaine cohérence dans l'organisation de l'Union Européenne qui s'est édifiée dans un ordre essentiellement technique et économique. Le partage des compétences s'est défini par des actions parfois incohérentes de la Commission et du Conseil, arbitrées par la Cour de justice⁶.

8. Avant de soulever la question de la légitimité d'un contrôle juridictionnel de la subsidiarité, encore reste-t-il à justifier l'application de l'expression « justice constitutionnelle » au contrôle exercé par la Cour de justice. Il ne s'agit pas de se prononcer sur l'existence d'une constitution européenne⁷. Pour autant, il semble que le pouvoir de contrôle de la Cour de

⁴Ce qui signifie en latin militaire, troupe de réserve, appelée en renfort en cas de besoin.

⁵Sens général d'appui, d'assistance: « subside » .

⁶Nicolas DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement » , *Droit et société*, 2012, n80, http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=DRS_080_0073, (consulté le 10 décembre 2012), p. 227.

⁷ La doctrine sur ce sujet est abondante.

José Maria BENEYTO sous la direction de Vlad CONSTANTINESCO., « From Nice to the Constitutional Treaty : Eight Theses on the (Future) Constitutionnalisation of Europe » , *The Lisbon Treaty*, Springer, 2008, Stefan Griller, Jacques Ziller (ed.), p1-19

Justice puisse contribuer à la constitutionnalisation de l'Union Européenne. C'est le cas lorsqu'en contrôlant le respect du principe de subsidiarité, la Cour de Justice se prononce sur l'exercice des compétences. Le droit originaire exerce une fonction constitutionnelle lorsqu'il précise comment interagissent les compétences de l'Union Européenne et des Etats membres. De l'exercice efficient du contrôle juridictionnel des compétences exercées par la Cour de Justice dépend la constitutionnalisation de l'Union Européenne. L'existence d'un système permettant de régler d'éventuels conflits de norme est indispensable dans un Etat de droit. La Cour de justice vise à remplir cet office. En tant que juridiction dont la jurisprudence fait autorité, elle assure la régulation juridique du système dans lequel elle prend place.

9. S'interroger sur la légitimité du contrôle juridictionnel devrait favoriser le contrôle, et par conséquent le respect, de la subsidiarité.

Après avoir établi dans cette introduction l'utilité de la subsidiarité dans tout système incluant un partage vertical des compétences (§1), nous montrerons la pertinence d'une comparaison entre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne et de la Cour suprême pour améliorer son contrôle (§2). Puis nous préciserons la méthode employée (§3).

§1. L'utilité de la subsidiarité dans tout système incluant un partage vertical des compétences

10. Le principe de subsidiarité est un principe présent dans toute société ayant acquis une certaine complexité et où plusieurs niveaux de décisions se superposent. Il était à l'origine un concept philosophique. Il fut théorisé bien avant l'existence de l'Union Européenne, au XIXe siècle particulièrement. L'existence et la théorisation du principe de subsidiarité (A) a, de loin, précédé sa reconnaissance en droit (B).

A. Quelques fondements philosophiques et doctrinaux du principe de subsidiarité

11. Aristote décrivait une société composée de groupes sociaux ayant comme principe l'autonomie, c'est-à-dire l'*autarcheia* chez les Grecs : la

Vladimir CONSTANTINESCU, « La constitutionnalisation de l'Union Européenne », *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, JGDJ, Paris, 2000, p133-152

David BLANCHARD sous la direction de Jean RAUX, *Le processus de constitutionnalisation du système de l'Union européenne*, Rennes 1, Thèse de doctorat, 2001

Jörg GERKRATH, L'émergence d'un droit constitutionnel européen : modes de formation et sources d'inspiration de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne, Strasbourg III, Thèse de doctorat, 1996,

recherche de la perfection⁸. Ces groupes doivent être articulés dans une unité d'ordre qui, contrairement à l'unité d'identité, laisse l'autonomie à chaque corps constitué s'intégrant dans un groupe plus vaste.

12. Le philosophe vantait les mérites de la cité et dénonçait les dangers d'un Etat omnipotent, réducteur. Selon le principe de totalité, la partie doit s'ordonner au tout afin d'assurer le bien commun. Dans l'œuvre de Saint Thomas, l'unité de base n'est plus la cité mais la personne. Cette dernière, libre dans ses fins puisque ordonnée à Dieu, n'en est pas moins dépendante de la société pour les réaliser⁹. Dans cette perspective, la société doit donc suppléer à la personne. Althusius, quant à lui, a théorisé le principe de subsidiarité dans une perspective de protection des droits de la personne. En effet, le principe de subsidiarité permet de conférer à la personne la place qui lui revient dans la société, ce que ni l'individualisme, ni le collectivisme ne peuvent lui garantir¹⁰. Le respect du principe de subsidiarité est indispensable dans la défense des droits et libertés de la personne. Il permet de rapprocher le pouvoir du citoyen, dont l'intérêt devient la finalité de toute organisation politique, tout en reconnaissant la nécessité des collectivités pour défendre les droits de chacun d'entre eux. Le principe de subsidiarité ne trouverait donc pas sa place dans un système où l'homme ne serait perçu que comme un instrument au service de la société. Le caractère secondaire de l'action des niveaux de pouvoir supérieur y serait méconnu.

13. A l'inverse, la société subsidiaire s'oppose à l'individualisme dans la mesure où elle assure la défense par la collectivité des personnes les moins à même de défendre elles-mêmes leurs droits puisque la collectivité supérieure supplée aux insuffisances des collectivités inférieures. La subsidiarité apparaît comme une tentative de venir en aide aux citoyens les plus démunis sans les déresponsabiliser en les assistant à l'excès. Selon Althusius, juriste calviniste¹¹

⁸ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2008, (1, 7)

ARISTOTE, *La politique*, Paris, Librairie philosophique J.Vrin, 1995, (I, 2, 1252)

⁹« La personne est « membre de la société en tant qu'être dépendant, obligée de pulser autour d'elle dans son milieu social des éléments de sa vie et de son développement physique, intellectuel et moral. Mais, pour autant qu'elle est un être spirituel dont les opérations propres sont immanentes, elle transcende le milieu social dans lequel elle plonge. » , in Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologiques, Les Actes humains*, tome I, trad. française. par H.-D. Gardeil, nouvelle édition, Paris, les Editions du Cerf, 1992, 656 p.

¹⁰Contrairement à ce que des doctrines postérieures telles que le communisme et l'ultralibéralisme proposeront.

¹¹Johannes ALTHUSIUS, *Politica Methodice Digesta*, at que Exemplis Sacris et Profanis Illustrata, Turin Corrado Malandrino, Francesco Ingravalle, Mauro Povero, complète le texte latin et la traduction italienne, Turin, 2009, 517p.

La société se construit par des pactes successifs, des contrats politiques permettant la subsistance de l'autonomie tout en réclamant protection et

ayant connu des crises telles que la Saint-Barthélemy et la guerre de Trente Ans¹², le principe de subsidiarité, en organisant la société par niveaux autonomes, permet de dépasser une limitation excessive des droits des minorités par les majorités¹³. La subsidiarité vient nuancer l'idée de souveraineté nationale. Le corps indivisible de la nation ignore les spécificités des entités qui la composent. Or, la reconnaissance de la spécificité de ces entités est indispensable à leur liberté mais aussi au maintien de leur égalité réelle. La société se fonde donc sur l'idée d'autonomie mais aussi sur celle de suppléance, rendue possible par des contrats entre Communautés¹⁴, ce qui distingue cette position de la pensée libérale. Althusius conçoit la subsidiarité comme tournée vers le bien commun. Pour lui, la souveraineté est non un fait, comme l'a exposé Bodin, mais un droit¹⁵. Althusius montre également que l'idée de subsidiarité est indissociable de l'idée fédérale¹⁶.

La conception de la subsidiarité proposée par Althusius se rapproche de celle de la doctrine sociale de l'Eglise catholique dans la mesure où elle met l'accent sur l'autonomie des Communautés qui s'emboîtent et se superposent ; autonomie fondée sur la capacité à agir des entités inférieures.

secours des sphères supérieures. Cela éviterait les conflits entre communautés politiques.

¹²Lettre encyclique *Caritas in Veritate* du Souverain Pontife Benoît XVI du 29 juin 2009, p. 47.

¹³Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social Discours sur les sciences et les arts*, Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes, Collection 10-18, n°89, Paris, Union générale d'éditions, 1973, 302p. LIJPHART LIJPHART

¹⁴Arend LIJPHART, *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands*, University of California Press, 1968.

Arend D'Engremont Lijphart est un politiste spécialiste des systèmes de vote, des institutions démocratiques et de l'ethnicité considérés selon une approche comparatiste. Le consociationalisme est la façon dont les sociétés profondément divisées parviennent à maintenir un régime démocratique en partageant le pouvoir politique entre les partis.

¹⁵Johannes ALTHUSIUS, *Politica Methodice Digesta, atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata*, éd. Corrado Malandrino, Francesco Ingravalle, Mauro Povero, complète le texte latin et la traduction italienne, Turin, Claudiana, 2009, 517p.

¹⁶Althusius distingue idée fédérale et fédéralisme. L'idée fédérale repose sur un mouvement, une dynamique qui va du plus petit au plus grand et laisse des espaces de liberté à tous les corps intermédiaires. Cette idée repose sur la diversité de gouvernement, les gouvernements étant unis par un principe de solidarité mutuelle et devant donner leur consentement aux décisions intéressant les différents niveaux de gouvernement.

14. Ce principe fut donc, par la suite, développé dans la doctrine sociale de l'Eglise catholique, en particulier dans des moments de crise¹⁷. L'intervention de « l'entité englobante » ayant pour but de résorber la crise, l'action subsidiaire est présentée comme transitoire. Une nouvelle répartition des compétences entre les niveaux de pouvoir n'est envisagée que si les entités centralisées ne parviennent pas à long terme à retrouver leur autonomie.

Dans la perspective catholique, le principe de subsidiarité permet d'équilibrer les rapports entre les différents niveaux de pouvoir au profit de l'individu¹⁸. Rapprocher le pouvoir de la personne devrait permettre de défendre au mieux ses droits. Dans un certain contexte, cette conception de la subsidiarité a été perçue comme un moyen pour l'Eglise d'assurer sa primauté¹⁹. La subsidiarité a trouvé sa place dans le catholicisme social d'avant-guerre, puis dans le mouvement personnaliste²⁰.

15. Le principe de subsidiarité a été utilisé dans un sens critique par les papes. Léon XIII l'a évoqué à une époque où les ouvriers²¹ se retrouvaient exploités par un système capitaliste triomphant où régnait l'idéologie du laissez-faire. Pie XI le systématise au moment de la montée des nationalismes et des Etats totalitaires et en propose une formulation nouvelle dans son encyclique

¹⁷ Bertrand Hériard DUBREUIL, « Subsidiarité et solidarité », <http://www.doctrine-sociale-catholique.fr>, en ligne: <<http://www.doctrine-sociale-catholique.fr/index.php?id=6997>> (consulté le 17 novembre 2013)

¹⁸ Dans « Le retour d'un hérétique », entrevue de Jean-Paul Enthoven avec Denis de Rougemont publiée dans *Le nouvel observateur* du 3 Octobre 1977, Denis de Rougemont dénonce déjà une « Europe des marchands » fondée sur une rationalité techno-économique.

« L'Europe des marchands ne se fera pas car son principe repose sur une idée empruntée au marxisme vulgaire, et d'ailleurs curieusement revendiquée par les grands bourgeois autant que par les socialistes: c'est l'idée selon laquelle l'économie commande tout. Jean Monnet, quels que soient ses mérites, ne résonnait pas autrement (...). »

¹⁹ « Toute l'activité sociale est de sa nature subsidiaire, elle doit servir de soutien aux membres du corps social et ne jamais les détruire ni les absorber. », Pie XII, Discours aux nouveaux Cardinaux, le 20 février 1946.

²⁰ Courant d'idée fondé par Emanuel Mounier selon lequel: « Une action est bonne dans la mesure où elle respecte la personne humaine et contribue à son épanouissement; dans le cas contraire, elle est mauvaise. », André Morazain et Salvatore Pucella. *Éthique et Politique - Des valeurs personnelles à l'engagement social*. ERPI, 1988, p.30.

²¹ Lettre encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII de 1891, http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_fr.html (consulté le 08 Avril 2012)

Quadragesimo anno²² afin de protéger les personnes contre l'Etat fasciste de Mussolini. Jean XXIII en étend le champ au plus fort de la guerre froide. Dans cette ligne, Benoit XVI rappelle son lien indissoluble avec la solidarité. Il la considère comme un moyen « d'orienter la mondialisation économique » et de préserver la démocratie²³. Elle assure une solidarité entre les personnes sans déresponsabiliser ou humilier l'une d'elles²⁴. Elle permet à la société de se développer sans que ceux qui en bénéficient ne tombent dans l'assistanat. Il s'agit de « rénover la démocratie par le bas » car la Communauté politique se fonde et doit se fonder sur des « relations fraternelles »²⁵.

L'intervention de « l'entité englobante », ayant pour vocation l'achèvement de la crise, est à caractère transitoire.

16. La répartition des compétences entre l'Etat et les autres communautés ne doit pas spolier une communauté de niveau inférieur de pouvoirs qu'elle pourrait elle-même exercer²⁶. Si une communauté de niveau inférieur est défaillante dans l'exercice de ses pouvoirs, la communauté qui lui est supérieure ne peut intervenir qu'aussi longtemps que durera cette défaillance²⁷.

²² Lettre encyclique Quadragesimo anno de Pie XI du 15 Mai 1931, http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_fr.html (consulté le 08 Avril 2012), § 86, 87, 88

²³ « L'articulation de l'autorité politique au niveau local, national et international est, entre autres, une des voies maîtresses pour parvenir à orienter la mondialisation économique. C'est aussi le moyen d'éviter qu'elle ne mine dans les faits les fondements de la démocratie. » (Lettre encyclique *caritas in veritate* 1) site du Vatican, www.vatican.va, (consulté le 7 novembre 2013)

²⁴ « Le principe de subsidiarité doit être étroitement relié au principe de solidarité et vice-versa, car si la subsidiarité sans la solidarité tombe dans le particularisme, il est également vrai que la solidarité sans la subsidiarité tombe dans l'assistanat qui humilie celui qui est dans le besoin. » (lettre encyclique *Caritas in Veritate* 58.) site du Vatican, www.vatican.va, (consulté le 7 novembre 2013).

« Au fondement, qui est la dignité humaine, sont intimement liés le principe de solidarité et le principe de subsidiarité. En vertu du premier, l'homme doit contribuer avec ses semblables au bien commun de la société, à tous les niveaux (...) En vertu du second, ni l'Etat ni aucune société ne doivent jamais se substituer à l'initiative et à la responsabilité des personnes et des Communautés intermédiaires au niveau où elles peuvent agir. » ., (lettre encyclique *Caritas in Veritate* 1) site du Vatican, www.vatican.va, (consulté le 7 novembre 2013).

²⁵ Bertrand Hériard DUBREUIL, « Subsidiarité et solidarité », <http://www.doctrine-sociale-catholique.fr>, en ligne: <<http://www.doctrine-sociale-catholique.fr/index.php?id=6997>> (consulté le 17 novembre 2013).

²⁶ Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise catholique, http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_fr.html (consulté le 8 Avril 2012)

²⁷ Lettre encyclique Quadragesimoanno de Pie XI le 15 Mai 1931, <http://lesbonstextes.ifastnet.com/pxiquadagesimoanno.htm> (consulté le 8 Avril 2012)

La subsidiarité telle qu'elle est appréhendée par la philosophie politique et la religion, en tant que principe assurant l'épanouissement, le perfectionnement des êtres, n'est donc pas sans lien avec la perspective utilitaire dans laquelle l'aborde le droit. En effet, la subsidiarité permet l'application du droit le plus efficace, ce qui n'est pas inutile au bonheur de l'individu.

B. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne et en droit canadien

L'existence de mécanismes de subsidiarité en droit de l'Union Européenne⁽¹⁾, au Canada comme dans tout Etat fédéral⁽²⁾ mais aussi dans le droit d'Etats unitaires⁽³⁾ atteste de la nécessité de ce principe pour assurer l'organisation territoriale des compétences.

1. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne

17. Dans le cas de l'Union Européenne, la subsidiarité, en tant que principe de politique législative, a contribué à déterminer l'attribution des compétences exclusives^(a) dans les traités. Elle organise la régulation des compétences étatiques et de celles de l'Union Européenne ^(b). La subsidiarité prévue dans les traités s'applique aux compétences partagées uniquement ^(c).

a. Les origines du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne

18. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne^{28a} a été inspiré par son existence en droit national, et plus particulièrement en droit allemand. Présidant, dès ses origines, à l'organisation des compétences de l'Union Européenne, le principe de subsidiarité fut explicitement consacré dans le traité de Maastricht.

La Communauté s'est principalement inspirée d'Etats fédéraux et particulièrement de l'Allemagne pour développer le principe de subsidiarité²⁹. Ce principe était en effet implicitement reconnu dans la Constitution allemande.

²⁸Nous utiliserons le vocable « UE » dans un sens large, y compris pour désigner ce qui était dénommé avant le traité de Lisbonne la « Communauté européenne » .

²⁹Certaines constitutions d'Etats unitaires reconnaissent également le principe de subsidiarité. Ainsi l'article 72 al 2 de la constitution française dispose-t-il depuis le 28 mars 2003 que les collectivités territoriales ont vocation à prendre des décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent être le mieux mises en œuvre à leur échelon » .

19. L'exemple allemand a souvent été mentionné lorsque le principe de subsidiarité a été introduit en droit de l'Union Européenne. En effet, l'Allemagne était alors l'un des seuls Etats fédéraux de l'Union Européenne³⁰.

Le principe de subsidiarité a été invoqué lorsque, à la suite de l'effondrement du Saint Empire Romain Germanique, en 1806, l'Etat allemand s'est construit. Il apparaissait comme un moyen de préserver une certaine diversité en dépit de la centralisation progressive du pouvoir, jusqu'alors partagé entre une pluralité de centres. La subsidiarité permet de concilier deux traditions de droit public allemand, fédéralisme et libéralisme. Elle devrait assurer des conditions de vie homogènes dans tout l'Etat fédéral en encadrant l'initiative individuelle dans l'économie sociale de marché³¹.

Cependant, le principe de subsidiarité n'ayant été reconnu en droit allemand que de façon tardive, il semble difficile de tirer, au bénéfice de l'Union Européenne, des leçons de cet exemple. Les principes d'autonomie communale et de fédéralisme semblaient suffisants à préserver les droits des länder. Ce n'est que consécutivement aux plaintes des länder, plaintes accentuées par l'accroissement des compétences de l'Union Européenne, que le principe de subsidiarité a été introduit dans la Constitution allemande.

20. Il s'agit d'un principe essentiellement politique, s'appliquant à la répartition des compétences entre les länder et le Bund. Ce principe fut introduit de façon très générale, sans précision relative à son interprétation³². La loi fondamentale allemande de 1949 y faisait implicitement référence dans ses articles 30 et 72³³.

L'article 30 dispose : « l'exercice des prérogatives étatiques et l'accomplissement des tâches de l'Etat incombent aux länder, à moins que la présente loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre

Julien BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle? » , Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Paris, 25-27 septembre 2008

³⁰Jurgen SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand » , *Revue du marché commun et de l'Union Européenne* 1993 70 615. pp. 24-32

Lors de la ratification de l'Acte Unique Européen, des réformes successives acheminaient la Belgique vers une structure fédérale.

³¹Jean ROSSETTO, « La subsidiarité dans les constitutions des Etats membres de l'Union Européenne : l'exemple de l'Allemagne et de la France » (2005), en ligne : <<http://books.openedition.org/pufr/833>> (consulté le 9 décembre 2013).

³²« Il faut qu'une constitution soit courte et obscure. » Citation attribuée à Napoléon 1er

³³ *Loi fondamentale pour la république fédérale d'Allemagne*, http://www.bundestag.de/htdocs_f/documents/cadre/loi_fondamentale.pdf, (consulté le 8 Avril 2012).

règlement» . Cela signifie que, sauf disposition contraire, les länder disposent de toutes compétences pour accomplir leurs tâches.

L'article 72 de la loi constitutionnelle allemande délimite pour sa part les compétences législatives des *Länder* au profit du *Bund*. Les *Länder* peuvent légiférer dans des domaines de compétences concurrents tant que le *Bund* n'utilise pas de son pouvoir législatif. Le *Bund* est habilité à intervenir « s'il existe un besoin de réglementation législative fédérale » . Trois conditions alternatives permettent d'appuyer la nécessité de cette action. Le *Bund* peut agir « lorsqu'une question ne peut être résolue efficacement par les législations des différents *Länder*, lorsque la réglementation d'une question par une législation d'un *Land* est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'autres *Länder* ou de l'ensemble, ou enfin lorsque l'exige la sauvegarde de l'unité juridique et économique de la Fédération, notamment la sauvegarde de l'homogénéité des conditions de vie au-delà du territoire d'un *Land*³⁴ ». Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand contrôle le respect de ces conditions par le *Bund* lors du déclenchement de la compétence fédérale.

La pratique du principe de subsidiarité en droit allemand a, sans nul doute, inspiré les rédacteurs des traités européens³⁵. De façon récursive, l'insertion de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne a sans nul doute contribué à la reconnaissance explicite de ce principe dans un nouvel article 23, dit « article Europe » . Le principe de subsidiarité a également imprégné d'autres constitutions nationales, comme celle du Portugal qui dispose désormais à son article 7 alinéa 6 que le respect du principe de subsidiarité s'applique à « l'exercice en commun des pouvoirs nécessaires à la construction de l'Union européenne » .

21. Ce principe, quoiqu'il n'ait pas toujours été explicitement mentionné, existe depuis les origines de la construction de l'Union Européenne. Il a été mentionné pour la première fois par le gouvernement de Bavière en 1991, dans le contexte suivant l'unification allemande³⁶. Dans les années 80, les références à ce principe se sont multipliées³⁷. Ce principe apparaissait comme un moyen pour les *Länder* de préserver leurs compétences. Depuis, la subsidiarité a été

³⁴Principe de subsidiarité in Ami BARAV, Christian PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Collection Grands dictionnaires, Paris, PUF, 1993, 1180. p

³⁵Claude DU GRANRUT, *La citoyenneté européenne: une application du principe de subsidiarité*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

³⁶Le terme subsidiarité ne fera son entrée officielle dans les dictionnaires français qu'en 1992.

³⁷Altiero SPINELLI, *Projet de traité instituant l'Union Européenne* dit « projet Spinelli » , Bulletin des Communautés européennes n° 2, 14 février 1984, en ligne: http://www.cvce.eu/obj/projet_de_traite_instituant_l_union_europeenne_14_fevrier_1984-fr-0c1f92e8-db44-4408-b569-c464cc1e73c9.html (consulté le 12 novembre 2013), pp. 8-26.

introduite dans le vocabulaire de l'Union Européenne³⁸. Elle a dominé le débat juridico-institutionnel sur le fonctionnement de l'Union européenne et son avenir³⁹. En 1992, il s'agissait de déterminer quel rôle devait jouer ce principe, désormais incontournable⁴⁰, dans le marché unique.

22. L'Acte unique a, pour la première fois, instauré le principe de subsidiarité ⁴¹ en modifiant l'article 130 CEE ; l'article 130R§4prévoyant désormais quela Communauté intervient en matière d'environnement « dans la mesure où les objectifs visés peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres pris isolément » . Très vite, l'idée selon laquelle le problème devait être pris à la source, lorsque cela est possible, a vu le jour⁴².

23. Le principe de subsidiarité a été explicitement consacré au paragraphe 3B de l'article 5 du traité de Maastricht ⁴³, à une période d'incertitude où, dans un contexte d'achèvement du marché intérieur, les traités originaires se voyaient remis en cause par certains États membres, tels que le Danemark, et par l'opinion publique. Le traité de Maastricht le définit explicitement comme « l'armature conceptuelle de la dévolution des compétences» et confirme une doctrine selon laquelle seules les institutions

³⁸Kurt SCHELTER, « La subsidiarité: principe directeur de la future Europe» , *Revue du Marché commun*, no844, février 1991, pp. 138-140.

³⁹Alphonso MATTERA, « Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes.» *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1991 n2, pp. 8-10.

⁴⁰Michel PONIATOWSKI au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes, Rapport d'information n° 45, 12 novembre 1992, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1992/r92-45-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012), idée d'une « chambre de la subsidiarité» .

Cf. égal. sur une « chambre de la subsidiarité» : Christian de la Malène au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, Rapport d'information n46 sur l'application du principe de subsidiarité, 23 octobre 1996, en ligne<http://www.senat.fr/notice-rapport/1996/r96-46-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012)

⁴¹Le dumping social pourrait s'accompagner d'un dumping environnemental si le droit de l'environnement n'est pas harmonisé.

Laurens Jan BRINKHURST, « La subsidiarité appliquée à l'environnement, « panacée ou boîte de Pandore?» » , *European Law Review*, janv. 1993, n° 8. 6.

⁴²Jacques DELORS, Conférence de presse du président Jacques DELORS avant le Conseil européen de Lisbonne, Commission européenne, 26-27 juin 1992, SPEECH/92/64, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-92-64_fr.htm (consulté le 1 octobre 2013).

⁴³Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, p. 1 à 388, art. 5.

politiques peuvent se prononcer sur le partage des compétences » . Le traité de Lisbonne confirme ce principe, toujours mentionné à l'article 5§3.

24. Le traité de Maastricht élargissait le champ des compétences reconnues à la Communauté et donnait la possibilité à cette dernière de prendre des décisions à la majorité qualifiée.⁴⁴ La notion de subsidiarité a pu être perçue comme une compensation de l'élimination des mots « vocation fédérale » qui heurtaient les Britanniques et les partisans d'une limitation de la portée des politiques de l'Union Européenne⁴⁵.

25. L'article 5§3B a donc été introduit dans un contexte de critique du centralisme de l'Union Européenne. Il s'agissait d'éviter que la reconnaissance de compétences concurrentes au profit de la Communauté ne soit considérée comme impliquant la couverture de l'intégralité du secteur en question par l'action de l'Union Européenne. Selon ce courant, la logique « fédérale » ayant été rejetée par nombre d'États membres lors de conférences intergouvernementales, l'action de l'Union Européenne devrait se borner à des aspects généraux.

b. Le contenu du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne

26. Le principe de subsidiarité organise la régulation des compétences étatiques et de celles de l'Union Européenne. Il permet de déterminer où se situe la ligne, souple et donc parfois floue, de répartition des compétences. Cet aspect du principe de subsidiarité, visant l'exercice de compétences déjà attribuées à l'un ou l'autre des niveaux de gouvernement, devrait permettre d'éviter des conflits de compétences entre les États membres et l'Union Européenne.

Le principe de subsidiarité⁴⁶ autorise l'Union Européenne à agir « lorsque le traité attribue une compétence concurrente à l'Union, l'action des Etats membres s'exerce là où l'Union n'est pas intervenue⁴⁷. L'Union n'agit que pour

⁴⁴ Christian de la MALENE au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, Rapport d'information n°46 sur l'application du principe de subsidiarité, 23 octobre 1996, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1996/r96-46-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012).

⁴⁵ Jean CHARPENTIER, Quelle subsidiarité ? *Pouvoirs* n°69 - Europe, de la Communauté à l'Union - avril 1994 - p.49-62, en ligne: [URLhttp://www.revue-pouvoirs.fr/Quelle-subsidiarite.htm](http://www.revue-pouvoirs.fr/Quelle-subsidiarite.htm), (consulté le 12 juin 2012).

⁴⁶ Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel de l'Union Européenne*, n° C-326 du 26 octobre 2012, art.5, pp. 1-388.

⁴⁷ Pour une lecture plus facile, l'expression « Union Européenne » sera utilisée pour désigner l'Union Européenne actuelle mais également la Communauté européenne antérieure au traité de Lisbonne. De même, l'expression « compétences de l'Union Européenne » sera utilisée pour désigner ce qui

mener des tâches qui peuvent être entreprises en commun de manière plus efficace que par les Etats œuvrant séparément, en particulier celles dont la réalisation exige l'action de l'Union parce que leurs dimensions ou leurs efforts dépassent les frontières nationales»⁴⁸. Il ne suffit pas que l'action de l'Union Européenne dépasse les frontières des Etats membres ou que les Etats adoptent une position unique⁴⁹ pour qu'une intervention de l'Union se justifie. De la même façon, en droit canadien, le fait qu'une action dépasse les frontières provinciales ne saurait justifier à lui seul l'application de la théorie de l'intérêt national. Cela reviendrait à renverser le principe de subsidiarité. Encore faut-il que les objectifs prévus dans les traités soient poursuivis de façon plus efficace par l'Union Européenne.

27. Cette interprétation stricte de la subsidiarité est d'autant plus nécessaire que lorsque l'Union Européenne est compétente et intervient, les États sont tenus de respecter la primauté du droit de l'Union Européenne⁵⁰. Le principe de loyale collaboration interdit aux États d'adopter une loi qui entraverait l'exécution du droit de l'Union Européenne. Si le droit de l'Union Européenne et le droit national entraînent néanmoins en conflit, le droit de l'Union Européenne primerait et serait donc appliqué de façon privilégiée.

c. L'application de la subsidiarité aux compétences partagées

28. Les compétences exclusives sont attribuées en bloc à l'Union Européenne. Le droit national demeure en vigueur tant que l'Union n'est pas intervenue. Les autorités nationales ne peuvent ensuite intervenir que pour autant que la loi le prévoit⁵¹.

constituait avant le traité de Lisbonne les « compétences communautaires ». Si le traité de Lisbonne a un impact important sur le principe de subsidiarité, l'emploi de l'une ou l'autre de ces expressions n'a guère d'influence sur le traitement du sujet.

⁴⁸Altiero SPINELLI, *Projet de traité instituant l'Union Européenne* dit « projet Spinelli », Bulletin des Communautés européennes n° 2, 14 février 1984, article 12, paragraphe 2, en ligne: http://www.cvce.eu/obj/projet_de_traite_instituant_l_union_europeenne_14_fevrier_1984-fr-0c1f92e8-db44-4408-b569-c464cc1e73c9.html (consulté le 12 novembre 2013).

⁴⁹ANTONIO TIZZANO et DANIEL VIGNES, *Code de l'Union Européenne*, 2e édition, en ligne: <<http://www.decitre.fr/livres/code-de-l-union-europeenne-9782802714460.html>> (consulté le 16 novembre 2013), 1139. p.

⁵⁰Avis 1/94 de la CJCE (Accord établissant l'OMC), 15 novembre 1994, Recueil de jurisprudence 1994 p. I-5267

⁵¹ANTONIO TIZZANO et DANIEL VIGNES, *Code de l'Union Européenne*, 2e édition, en ligne: <<http://www.decitre.fr/livres/code-de-l-union-europeenne-9782802714460.html>> (consulté le 16 novembre 2013), 1139. p.

Le principe de subsidiarité ne s'applique qu'aux compétences partagées, c'est-à-dire les matières qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union Européenne. Cependant, les auteurs des traités n'avaient à l'origine défini ni les compétences exclusives, ni les compétences partagées. Une telle précision, ajoutée par le traité de Lisbonne, devrait faciliter l'évaluation de la nécessité de l'action de l'Union Européenne. Par ailleurs, l'établissement d'une liste de compétences étatiques pourrait constituer une limite à l'intrusion de l'Union Européenne.

29. Il était possible de reconnaître une compétence exclusive à la présence de deux éléments cumulatifs. Selon un élément fonctionnel, l'Union Européenne, considérée comme seule responsable de l'accomplissement de certaines missions est obligée d'agir selon le traité lui-même⁵². Selon un élément matériel, une compétence devenait exclusive si les Etats membres étaient dessaisis du droit d'intervenir unilatéralement, comme c'est le cas dans les domaines de l'espace sans frontière intérieure, du renforcement de la cohésion économique et sociale ou de l'union économique et monétaire. Les États ne pouvaient plus intervenir sans que l'Union Européenne l'accepte. On ne pouvait déduire de la compétence exclusive de l'Union Européenne dans un domaine défini par le traité que toute la responsabilité pour l'activité concernée relève d'une compétence exclusive.

30. Dans les domaines de compétences exclusives, les Etats jouent un rôle important dans l'exécution des décisions de l'Union Européenne, particulièrement en ce qui concerne la mise en œuvre des directives⁵³. Les Etats, selon un partage vertical des pouvoirs, complètent ou assurent l'application des normes de l'Union Européenne. L'Union Européenne n'aura pas à prouver sa compétence⁵⁴. Le droit national peut également s'appliquer si, après une période de transition, les institutions de l'Union Européenne ne sont pas intervenues, à moins que la Cour de justice n'ait reconnu que des règles générales du droit de l'Union Européenne devaient être mises en œuvre⁵⁵.

⁵³Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité à la lumière du traité d'Amsterdam » , *Revue des Affaires Européennes*, 1998, n 1 et 2, pp. 76-82.

Conférence européenne sur la subsidiarité, Comité des Régions, 18 Avril 2006, COR/06/41 en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_COR-06-41_fr.htm?locale=FR (consulté le 14 novembre 2013).

⁵⁴Josée MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, pp.193-201.

⁵⁵*Donckerwolcke.a. / Procureur de la République e.a.*, Affaire 41/76, 15 décembre 1976, Rec.1976, p. 1921.

Reynieret Erba / Commission de la CEE, Affaires jointes 79, 82/63, 13 novembre 1965, Rec.1964, p. 511.

2. Les mécanismes de subsidiarité en droit fédéral : l'exemple canadien

31. En germe dès les origines de la fédération (a), la subsidiarité a récemment été reconnue par la Cour suprême comme un principe d'interprétation du partage des compétences (b). L'étude du Canada sera privilégié même si tout système fédéral implique un mécanisme de subsidiarité, l'exemple des Etats-Unis en témoigne (c).

a. Une subsidiarité en germe dans les origines de la fédération

32. Les motifs à l'origine de l'union des provinces au sein de la Fédération Canadienne en 1867 expliquent le partage des compétences posé par la loi constitutionnelle. La loi constitutionnelle de 1867 est le résultat d'une entente politique entre les trois colonies du Canada, du Nouveau Brunswick et de la Nouvelle-Ecosse mais aussi d'un compromis juridique entre les tenants d'un fédéralisme authentique et ceux d'une union législative, le texte de 1867 mentionnant une union relativement centralisée. Certains historiens affirment que durant la période 1860-1867, le Haut Canada aurait accepté la forme fédérale de l'Etat à condition que le pouvoir soit fortement centralisé. Même si son opinion n'était pas partagée de façon unanime, Mac Donald recommandait l'union législative⁵⁶.

La conception du fédéralisme adoptée par les Pères de la Confédération était à l'avantage du fédéral ; sur le plan économique et financier notamment. Ainsi la compétence résiduaire rattachée au pouvoir de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » est confiée au fédéral. Le rôle des provinces, en matière économique en particulier, se limitait à ce qui était purement local.

L'intention des Pères de la Confédération n'était apparemment pas d'assurer un « partage équilibré des compétences ». Les provinces ont donc revendiqué un pouvoir économique que le texte ne leur octroyait pas. C'est à ces velléités qu'a dû répondre le Comité judiciaire du Conseil Privé même si sa jurisprudence a parfois été favorable au fédéral⁵⁷. Davantage que le reflet d'une réalité juridique

⁵⁶John Mc DONALD, *Discours sur les grandes questions affectant les intérêts de la confédération*, prononcé à Kingston, Archives publiques du Canada, Fonds Mac Donald, 1861, vol 158, pp. 64011-64012.

⁵⁷Rappel de la prépondérance des compétences fédérales, élaboration de la doctrine de l'urgence, de celle des pouvoirs résiduels et des compétences implicites, interprétation libérale du pouvoir déclaratoire.

Canada Temperance Federation, [1946] A.C. 193 (C.P.).

Ou affaire des prohibitions locales:

Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225

définie à l'époque de la Confédération, l'autonomie des provinces apparaît comme le reflet d'une conquête politique du pouvoir par ces dernières⁵⁸.

33. La compétence fédérale en matière d'éducation⁵⁹ contribue également à préserver leur culture. Les différences entre la Loi constitutionnelle de 1867 et les résolutions de Québec et de Londres⁶⁰, minimes, accentuent la suprématie du Parlement fédéral sur les législatures locales. La Loi constitutionnelle de 1867 ne semble pas contredire les résolutions de Québec et de Londres. Le terme « exclusivement », dans la clause introductive de l'article 91, accentue l'autorité législative fédérale⁶¹.

34. De plus, tel qu'évoqué, les pouvoirs résiduels sont octroyés au fédéral. La liste des compétences énumérées, à l'article 91, n'est pas exhaustive. Le paragraphe final de l'article 91 précise désormais que les matières énumérées à l'article 91 ne doivent pas tomber sous le coup de l'article 92(16). Les articles 91 et 92 présentent un caractère centralisateur; le fédéral détient un pouvoir déclaratoire unilatéral⁶² et les compétences provinciales sont territorialement limitées⁶³. En outre, le fédéral bénéficie d'un pouvoir de désaveu et d'un pouvoir de réserve⁶⁴.

Ainsi, Lord Carnavon, secrétaire aux colonies, précisa-t-il, en soumettant le projet de loi à la Chambre des lords, qu'il fallait doter le gouvernement fédéral⁶⁵

⁵⁸A partir de 1950, a lieu la révolution tranquille.

Le rapport Tremblay montre l'importance de l'autonomie provinciale pour les autonomistes.

Alphonse BARBEAU, *Le droit constitutionnel canadien; lois, documents et jugements divers*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, 440. p.

⁵⁹*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 93.

⁶⁰CONFÉRENCE DE QUÉBEC (1864), Report of resolutions adopted at a conference of delegates from the provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick, and the colonies of Newfoundland and Prince Edward Island, held at the city of Quebec, 10th October, 1864, as the basis of a proposed Confederation of those provinces and colonies, SI, sn, 1864.

⁶¹Alphonse BARBEAU, *Le droit constitutionnel canadien; lois, documents et jugements divers*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, 440. p.

⁶²*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92(10)c

Colombie-Britannique (procureur général) c Imperial Tobacco Canada Ltée, (2005) 2 RCS 473, par 1-20, 26-42.

⁶³Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, [2005] 2 R.C.S. 473

Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission), [2000] 1 RCS 494, §38

⁶⁴*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), arts. 55, 56, 57 et 90.

⁶⁵ Wheare Kenneth CLINTON. *Federal Government*, 4th ed. London: Oxford University Press, 1963.

« d'une autorité quasi-souveraine, pour qu'il puisse appliquer les principes généraux et apporter dans les mesures législatives l'uniformité qui exige le bien commun de toutes les provinces et de conserver aux provinces toutes les libertés municipales et toute l'autorité compatible avec les circonstances, afin de les contraindre même à exercer, pour le plus grand avantage de la collectivité, les compétences qui leur reviennent⁶⁶. »

*b. La reconnaissance progressive de la subsidiarité
comme principe d'interprétation du partage des compétences*

35. La Cour suprême du Canada a progressivement reconnu la subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences en droit canadien. En effet, cette cour, lorsqu'elle contrôle le partage des compétences, interprète la loi mais également la constitution⁶⁷, même si cette seconde interprétation est moins reconnue.

Une série d'affaires a conduit au développement d'un principe dynamique de subsidiarité. Nous précisons en deuxième partie l'argumentation de la Cour dans cette jurisprudence.

La lecture structurelle du principe du fédéralisme proposée dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁶⁸ comprend une déclaration de la Cour selon laquelle « la structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation démocratique des pouvoirs au gouvernement pensé pour être le plus adapté à la réalisation de l'objectif sociétal donné compte tenu de cette diversité. » Peu après, dans l'affaire *Spraytech*⁶⁹, la Cour a énoncé le principe, plus précisément, décrivant » une époque où les questions de gouvernance sont souvent examinées sous l'angle du principe de subsidiarité. C'est l'idée que les droits de décision et de mise en œuvre sont souvent les mieux réalisés au niveau du gouvernement qui est non seulement efficace, mais aussi plus proche des citoyens touchés et donc les plus adaptés à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la

Pour la distinction entre « fédération » et « gouvernement fédéral ».

⁶⁶William F. O' CONNOR, Rapport présenté en conformité d'une résolution du Sénat au sujet de la mise en vigueur de l'AANB de 1867, de l'incompatibilité entre ses positions et leur interprétation judiciaire, Ottawa, Imprimeur de la reine 1939, pp. 87, 88.

⁶⁷Alors que le partage des compétences prévu par la constitution n'a pas changé, (sauf en ce qui concerne les pensions de vieillesse), son interprétation par la Cour a suivi différentes tendances.

Andrée Lajoie, Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

⁶⁸Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁶⁹Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40.

population ». Dans *Banque canadienne de l'Ouest*⁷⁰, le principe de subsidiarité, tel qu'indiqué dans *Spraytech*⁷¹, deviendra un principe fondamental soutenant l'adaptation importante de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Dans *Lacombe*⁷², l'opinion dissidente de la juge Deschamps a cité le principe comme « une composante de notre fédéralisme, et de plus en plus de fédéralismes modernes ailleurs dans le monde » et comme l'une des composantes fondamentales du principe constitutionnel non écrit de fédéralisme. Ce principe s'est précisé avec *le Renvoi relatif à la procréation assistée*⁷³ et *le Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*⁷⁴.

36. La subsidiarité a été reconnue par la jurisprudence canadienne comme « un principe d'interprétation » de la répartition des compétences législatives⁷⁵. Un usage comparable de la subsidiarité a été invoqué en droit européen dans *Allemagne c. Conseil*⁷⁶, où l'Allemagne invoque le principe de subsidiarité en tant que principe d'interprétation et non à titre de moyen autonome⁷⁷.

Une logique de subsidiarité semble donc avoir présidé au partage des compétences prévu dans la loi constitutionnelle de 1867. La clause Paix Ordre et Bon Gouvernement et la clause de commerce en paraissent l'expression. Comme le principe de subsidiarité, elles permettent à l'entité centrale, l'Union Européenne ou le pouvoir fédéral, de légiférer dans un domaine qui ne relève normalement pas de sa compétence exclusive si cela est indispensable à la réalisation des objectifs qu'elle poursuit. Dans des domaines de compétences provinciales, l'intervention de l'Etat fédéral sur le fondement de la théorie Paix, Ordre et Bon Gouvernement ou de la clause de commerce, est conditionnée, entre autres, par une meilleure capacité à agir de ce dernier. L'existence d'une position commune des entités englobées, provinces ou Etats membres ne suffit pas à justifier leur mise en œuvre.

37. La comparaison entre le modèle canadien et celui de l'Union Européenne connaît des limites. D'une part, le principe de subsidiarité se distingue des pouvoirs du Parlement canadien à assurer la paix, l'ordre et le bon

⁷⁰Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] CSC 61.

⁷¹Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40.

⁷²Québec (Procureur général) c. Lacombe, [2010] CSC 38.

⁷³Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] CSC 61.

⁷⁴Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837

⁷⁵*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010], CSC 61, Juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein, § 183 et 273

Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40.

⁷⁶*Allemagne/Parlement et Conseil*, Affaire C-376/98, 5 octobre 2000

⁷⁷*Allemagne/Parlement et Conseil*, Affaire C-376/98, 5 octobre 2000, §46

gouvernement dans la mesure où il vise les compétences concurrentes alors que la théorie « paix, ordre et bon gouvernement » s'applique également à des domaines de la compétence exclusive des provinces. D'autre part, tandis que la théorie des dimensions nationales et celle de l'urgence en droit canadien sont applicables, par exception, à des matières particulières ou dans des circonstances particulières, le principe de subsidiarité s'inscrit dans la logique même de la répartition des compétences en Europe. La comparaison de la doctrine « paix, ordre et bon gouvernement » et du principe de subsidiarité demeure toutefois valide dans le cadre de cette thèse, dans la mesure où le juge exerce son pouvoir lors du contrôle de l'interprétation et de l'application de ces règles, dont l'indétermination a, en quelque sorte, pour effet d'ériger le juge au rang de véritable créateur du droit.

Pourtant, les différences entre les systèmes étudiés, différences de nature ou d'échelle, ne sont pas des obstacles à la comparaison. Au contraire, les similitudes observées entre les théories comparées révèlent d'autant plus le pouvoir du juge d'adapter le droit à des nécessités politiques et sociales, qu'elles transcendent les différences entre les cadres juridiques posés par les textes.

La comparaison est parfois facilitée par la référence à des concepts généraux et d'un degré épistémologique plus élevé⁷⁸. L'abstraction de la subsidiarité semble suffisante pour permettre la comparaison.

c. L'existence de mécanisme de subsidiarité aux États-Unis

38. Aux États-Unis, le Fédéralisme et la « Commerce Clause », notions aussi politiques que juridiques, permettent une coordination des interventions de l'État fédéral et des États. Selon le premier article de la Constitution des États-Unis, le Congrès doit « réglementer le commerce avec les nations étrangères et entre les divers états »⁷⁹. Cette clause constitue un rempart contre tout excès législatif des États. Comme la subsidiarité, elle vise à éviter les conflits entre deux niveaux de pouvoirs. Dans l'Union Européenne, la subsidiarité est essentiellement invoquée dans son sens descendant pour préserver les compétences Étatiques. La dynamique semble inversée aux États-Unis. Quoiqu'il en soit, au-delà de ces divergences résultant d'histoires distinctes, la nécessité de principe assurant l'équilibre des compétences demeure.

39. L'exemple canadien sera privilégié à l'exemple américain dans cette recherche, en raison de son originalité et surtout de la richesse de la jurisprudence de la Cour Suprême sur le partage des compétences, cette dernière devant régulièrement trouvé un terrain d'entente entre des intérêts provinciaux spécifiques.

⁷⁸Intervention de Michel TROPER, lors du colloque la valeur, les valeurs et le droit à l'Université de Toulon le 28 Novembre 2014.

⁷⁹ Constitution des Etats-Unis, article 1, section 8, alinéa 3

Les Etats unitaires utilisent, comme les Etats fédéraux, des mécanismes de subsidiarité territoriale.

3. Le principe de subsidiarité dans des Etats unitaires

40. Dans un État unitaire, le principe de subsidiarité est conçu comme un moyen de renforcer le principe d'autonomie locale et celui de décentralisation administrative. L'observation des exemples italiens (a), belge (b), grec(c) et portugais(d) semble confirmer la nécessité de ce principe pour assurer la régulation des compétences des différents niveaux de pouvoirs. Un encadrement constitutionnel strict de ce principe et de son contrôle juridictionnel apparaît cependant marginal.

a. La subsidiarité en droit constitutionnel italien

41. Le principe de subsidiarité n'est pas consacré par la Constitution italienne. Giuseppe, l'un des membres de la première assemblée constituante, proposa en vain l'introduction de ce principe⁸⁰. Le principe de subsidiarité pourrait être appliqué au partage de la fonction administrative entre l'État et les autonomies. Selon l'article 118 de la constitution, « les régions exercent « normalement » les tâches d'administration en les déléguant aux provinces, aux communes ou à d'autres pouvoirs locaux ou en recourant à leurs services »

La Cour s'est référée à la subsidiarité dans les arrêts n 487/1989 et n 448/1998⁸¹.

Depuis les années 80, la coopération entre l'Etat et les autonomies toujours plus nombreuses relève d'une dynamique subsidiaire⁸². La jurisprudence, limitant les constats d'ingérence entre Etat et régions, préfère recourir à la mise en balance de l'intérêt national dans une dynamique de subsidiarité.

⁸⁰ Egidio TOSATO « sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale (1959) » , *Personna, società intermedie e Stato*, 1989, p100

⁸¹ Dans l'arrêt n 487/1989, en jugeant que les régions ne disposaient d'aucunes compétences législatives en matière pénale, elle précise que selon le principe de subsidiarité, les incriminations constituent le seul moyen dont les autorités publiques disposent lorsque la protection juridique n'est plus garantie à suffisance par d'autres moyens juridiques, ce qui renvoie au principe de subsidiarité. D'autres arrêts relatifs à la subsidiarité peuvent être mentionnés dans ce domaine, tel l'arrêt n 448/1998. La Cour considère dans cet arrêt que les principes d'impartialité et de bon fonctionnement de l'administration, consacrés à l'article 97 de la Constitution, doivent, lorsque le législateur le peut, être satisfaits par d'autres moyens que celui de l'incrimination.

⁸² Paolo CARETTI « il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e sul piano dell'ordinamento nazionale » rapport au congrès de Milan de l'Associazione italiana dei costituzionalisti, 4-5 décembre 1992, *Le Prospettive dell'Unione Europea e la costituzione*, Padova, 1995, p 138

42. Divers éléments limitent cependant la subsidiarité territoriale en Italie. D'abord, le partage des compétences, rigide, s'étend à la fonction administrative. L'ancrage historique des communes dépasse largement celui des régions. En outre, les collectivités territoriales ne sont pas représentées au sein des instances nationales. Enfin, la subsidiarité en Italie se distingue fondamentalement du système dans l'Union Européenne puisqu'il incombe à l'État de cesser d'exercer ses compétences lorsque les collectivités autonomes sont intervenues.

La loi ordinaire italienne consacre le principe de subsidiarité dans la loi n 59 de 1997, dont la constitutionnalité a été reconnue par la décision n 408/1998. La Cour rappelle que la loi doit être interprétée dans le cadre constitutionnel. Les décrets de mise en application de cette loi contribuent à en limiter la portée.

Un projet de révision de la Constitution italienne du 4 novembre 1997 se référerait expressément au principe de subsidiarité dans les termes de la loi constitutionnelle n1 de 1997. Il fut reproché à ce projet d'être susceptible d'encourager les conflits entre collectivités territoriales du fait de l'ambiguïté de ce principe.

b. La subsidiarité en droit belge

43. Les arrêts de la cour d'arbitrage sur les relations entre les collectivités publiques au sein de l'État belge ne se réfèrent pas expressément à la subsidiarité. Toutefois, l'arrêt du 16 septembre 1998⁸³ n'est pas sans évoquer le principe de subsidiarité. Concernant les relations entre État fédéral, communautés et régions, la Cour reconnaît une forme de complémentarité s'apparentant à la subsidiarité en validant des dispositions qui « constituent un complément indispensable à des règles »⁸⁴.

Dans l'arrêt du 30 septembre 1999, la Cour a dû se prononcer sur des recours en annulation introduits à l'encontre de la loi du 10 septembre 1997 interdisant la publicité pour les produits du tabac. La Cour valide les dispositions visées. Quel que soit l'objectif poursuivi par cette loi, il semble difficile de lui appliquer le principe de subsidiarité.

c. La subsidiarité en droit grec

44. Si la Constitution grecque ne mentionne pas expressément la subsidiarité, son article 43§2 instaure une forme de subsidiarité entre parlement et organes administratifs.

⁸³ Dans cette affaire, le requérant invoque une violation du partage des compétences. La Cour considère que « il est requis que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la région, que ces matières se prêtent à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur ces matières ne soit que marginale ».

⁸⁴ Cf, par exemple, l'arrêt n 36 du 10 juin 1987, n 37 du 17 juin 1987.

Dans la pratique, le Parlement produit des règles de base concernant l'objet à réglementer et charge les organes administratifs de toutes les autres questions par délégation législative. Une pratique de la subsidiarité du parlement envers les organes administratifs est ainsi apparue concernant la production de normes impersonnelles

d. La subsidiarité en droit portugais

45. Au Portugal, la mention de la subsidiarité dans la Constitution contraste avec sa portée limitée dans la jurisprudence constitutionnelle.

La Constitution portugaise, a consacré au 6e paragraphe de son article 7 le principe de subsidiarité « Dans les conditions de réciprocité, dans le respect du principe de subsidiarité et en vue de la réalisation de la cohésion économique et sociale, le Portugal peut passer des conventions sur l'exercice en commun des pouvoirs nécessaires à la construction de l'union Européenne» . Cet article résultait d'un consensus des trois grands partis représentés au Parlement. Le législateur constitutionnel n'a pas précisé ce principe. Une interprétation de cet article à la lumière des traités de l'UE permettrait d'éviter toute divergence entre la Cour de justice de l'Union Européenne et la Cour constitutionnelle portugaise.

46. La Constitution portugaise, depuis 1997, reconnaît également le principe de subsidiarité comme un principe d'organisation interne. L'article 6 par 1 précise que « L'État est unitaire et respecte, dans son organisation et son fonctionnement, le régime autonome des régions insulaires et les principes de subsidiarité, l'autonomie des collectivités locales et la décentralisation démocratique de l'administration publique.»

En 1991, le Parlement avait reconnu au principe de subsidiarité une importance équivalente à celle d'autres principes fondamentaux consacrés par la Constitution. La Loi-cadre des régions administratives n 56/91, du 13 Aout 1991, déclare à l'article 4 intitulé « principe de subsidiarité» , que « l'autonomie administrative et financière des régions administratives est basée sur le principe de subsidiarité de leurs fonctions par rapport à l'Etat et aux municipalités ainsi que sur l'organisation unitaire de l'Etat. La région administrative constitue en quelque sorte un intermédiaire entre l'Etat et les municipalités.

Si la subsidiarité ne soulève pas l'intérêt de la doctrine, l'article 4§3 de la charte européenne de l'autonomie locale a pu encourager une prise en compte de ce principe au niveau interne. Ainsi ce principe se trouve-t-il concrétisé par la loi n 56/91. L'article 2§2 de la loi n159/99 précise que « la décentralisation administrative assure la consécration du principe de subsidiarité, les attributions et compétences devant être exercées par le niveau de l'administration le mieux placé pour les poursuivre avec rationalité, efficacité et proximité du citoyen» . Selon l'article 3, est compétente la collectivité qui, d'après sa nature, s'avère la plus adéquate à l'exercice de la compétence en cause. Enfin, le statut de

Madère⁸⁵, concernant les régions autonomes mentionne le principe de subsidiarité.

La révision constitutionnelle de 1997 a permis un élargissement des pouvoirs législatifs des régions autonomes, lequel étant indéniablement lié à la reconnaissance de la subsidiarité. La Constitution, pour définir le partage des compétences entre Etat et collectivités autonomes, se réfère à des notions indéterminées telles que « l'intérêt spécifique des régions. La liste des matières d'intérêt régional insérée en 1997 n'est pas exhaustive.

47. Il semble que ces évolutions constitutionnelles n'aient eu qu'une influence limitée sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Ainsi l'arrêt n 711/97⁸⁶ exclut-t-il tout lien entre l'intérêt spécifique des régions» et l'idée d'efficacité découlant du test de la subsidiarité. Le contrôle juridictionnel de la subsidiarité est ainsi limité. L'arrêt 631/99 du 17 novembre 1999,⁸⁷ semble d'autre part avoir écarté la subsidiarité comme critère d'appréciation du caractère obligatoire d'une législation nationale. L'arrêt 329/99/T semble indiquer une portée limitée de la subsidiarité⁸⁸ dans la jurisprudence de la Cour, relative aux relations entre État et collectivités locales.

§2. La pertinence de l'observation de la jurisprudence de la Cour suprême

48. L'adoption d'un cadre théorique comparatiste permet, entre autres le perfectionnement du mécanisme juridique caractéristique du système dans lequel l'observateur se trouve⁸⁹.

Il ne s'agit pas d'affirmer que l'Union Européenne est assimilable à un Etat, ni de prétendre qu'elle possède toutes les caractéristiques d'une fédération. Nous tenterons seulement d'établir que l'Union Européenne possède suffisamment de traits communs avec un Etat fédéral pour étayer la pertinence d'une comparaison entre les deux entités dans le cadre de notre objet d'étude : le contrôle de la subsidiarité.

⁸⁵ Loi n 130/99, du 21 août 1999

⁸⁶ Diario de republica, I Série A, 4 janvier 1998

⁸⁷ Diario de republica, I Série A, 28 décembre 1999, p 9280

⁸⁸ Diario de republica, II Série 167, 20 juillet 1999, p10 576

⁸⁹Andrée LAJOIE, Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

« L'extension des résultats ainsi obtenus à d'autres contextes ne pourra cependant se faire que par une comparaison rigoureuse qui tienne compte des différences entre les systèmes juridiques impliqués» .

En dépit des différences entre le partage des compétences, prévu par la Loi constitutionnelle de 1867 au Canada et celui prévu par les traités européens, la Cour de justice de l'Union Européenne et la Cour suprême du Canada se retrouvent confrontées à des préoccupations communes dans le contrôle de la subsidiarité. En outre, indépendamment des différences entre common law et droit civil (A) et de la spécificité de la place occupée par ces Cours dans leurs ordres juridiques respectifs (B), la jurisprudence de la Cour suprême du Canada recèle de précieux indices pour qui souhaiterait affiner le contrôle juridictionnel de la subsidiarité dans l'Union Européenne. En outre, la comparaison de cette jurisprudence est d'autant plus pertinente depuis l'enchâssement de la Charte canadienne des droits et libertés de 1982, instaurant la liberté de circulation⁹⁰. Cette recherche est spécifique dans la mesure où elle s'intéresse au poids du contexte politique sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité et aborde cette question sous un angle comparatif(C).

A. La comparaison de Cours appartenant à des systèmes juridiques différents

49. Bien que le Québec s'inscrive en partie dans la tradition civiliste, le droit public qui s'y rapporte, et surtout celui qui est appliqué en dernier ressort par la Cour suprême, s'inscrit, quant à lui, primordialement dans la tradition de common law.

La jurisprudence joue un plus grand rôle en common law qu'en droit de l'Union Européenne. Le principe de subsidiarité est explicitement mentionné dans les textes en droit de l'UE. Pour autant, la Cour de justice possède un pouvoir interprétatif assez conséquent, quoiqu'elle ne l'utilise pas toujours. L'existence de ce pouvoir interprétatif rend possible la comparaison dans la mesure où l'étendue de l'interprétation de la Cour ne dépend que de l'usage qu'elle fait de ce pouvoir, elle peut donc évoluer. De nombreuses initiatives jurisprudentielles furent reconnues dans des traités postérieurs. Tel est le cas, entre autres exemples, de la reconnaissance de compétences exclusives⁹¹ dans le traité de

⁹⁰Danielle PINARD, « Le rôle de la Cour suprême du Canada dans l'affirmation de l'intégration et de la souveraineté dans Souveraineté et intégration » : Actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, tenu à Poitiers en mai 1992. Montréal: Université de Montréal, Faculté de droit.

⁹¹*Commission c. Royaume Uni*, Affaire 804/79, 5 mai 1981, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61979CJ0804:FR:PDF>, (consulté le 24 novembre 2013)

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012

Lisbonne⁹². De même, la Cour suprême et la Cour de justice contribuent-elles toutes deux à préciser l'exercice du partage des compétences.

50. Si l'on considère l'Union Européenne comme un système de droit, il se présente comme un système plurijuridique dans la mesure où le droit de l'Union Européenne dérivé doit coexister avec les traditions juridiques des États membres. De même, coexistent au Canada common law et droit civil, dont les interactions se déclinent de diverses manières : bijuridisme à l'échelle fédérale ; droit mixte au Québec et monojuridisme dans les autres provinces. Dans un cas comme dans l'autre, le régime adopté par « l'entité englobante » influera sur les modalités de la coexistence entre traditions juridiques. Ce régime peut relever d'une logique de complémentarité, s'il s'appuie sur le droit des entités englobées, ou mettre en œuvre une relation bilatérale⁹³. La structure de ce bijuridisme diffère ; conçue davantage comme un parallélisme entre systèmes au Canada, elle permet davantage d'interactions dans l'Union Européenne. Ce parallélisme semble s'accroître au Canada par le fait que neuf des dix provinces partagent la tradition dominante à l'échelle fédérale, en l'occurrence la common law. Cependant, ces distinctions structurelles ne sont pas fondamentales, elles constituent des différences de degré, davantage que de nature, et n'entravent ainsi que modérément la comparaison entre ces modèles. Il semblerait d'ailleurs qu'au Canada, les interactions entre traditions juridiques, formelles ou non, s'intensifient du fait de l'internationalisation du droit. Loin de vouloir reproduire à l'identique dans l'Union Européenne la dynamique canadienne, l'étude de la jurisprudence de la Cour suprême est riche d'enseignements sur la façon dont une Cour peut arbitrer, activement ou passivement, l'agencement de systèmes de droits et avec eux la coordination de cultures juridiques distinctes. Son caractère bijuridique est déterminant dans le choix de la Cour suprême puisque le caractère bijuridique du système dans lequel elle se prononce n'est pas sans orienter l'application de la subsidiarité par une juridiction.

B. La comparaison de Cours possédant un statut distinct

51. Les différences entre la Cour de justice et la Cour suprême pourraient, à première vue, paraître comme des obstacles à la comparaison de leur jurisprudence. Pourtant, la Cour de justice semble jouir d'une juridiction supranationale comparable à celle de la Cour Suprême du Canada, gardienne de la constitution. Son interprétation et son application des traités constitutifs lient

⁹² Dans sa jurisprudence antérieure au traité de Lisbonne, la Cour de justice se réfèrait aux traités au moment où elle les interprétait pour dégager les compétences exclusives.

⁹³ Jean-François GAUDREAU-DESBENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada: essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 169. p.

en effet les institutions politiques de l'Union Européenne ou les États parties à un litige. Mise en place en 1952 par le traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, la Cour de justice (nommée Cour de justice de la Communauté du Charbon et de l'Acier, puis Cour de justice des Communautés européennes, CJCE, puis Cour de justice de l'Union Européenne, CJUE), située à Luxembourg, est une institution juridictionnelle. Elle a renoncé à sa tentative de faire admettre une théorie de la supra constitutionnalité⁹⁴, ce que confirme l'article 48 TUE, relatif à la procédure de révision, qui précise que les États membres peuvent, à cette occasion, accroître ou réduire les compétences de l'Union.

52. Néanmoins, la différence entre la fonction de ces deux Cours doit être relativisée. Nous établirons d'abord que la Cour suprême n'est pas, à l'origine, une Cour constitutionnelle, ni un tribunal véritablement constitutionnalisé sur le plan institutionnel, afin de montrer que le contrôle de la Cour de justice pourrait évoluer en ce sens. Puis nous montrerons qu'un contrôle plus poussé de la subsidiarité par la Cour de justice n'est pas contraire à sa vocation et pourrait donc se développer, en particulier depuis le traité de Lisbonne. Cependant, dans le contexte de la régulation verticale des compétences entre l'Union et les États membres, le contrôle maximum de la subsidiarité rapprocherait la Cour de justice d'une juridiction constitutionnelle, et même fédérale.

53. Le contrôle de la Cour suprême n'était à l'origine pas envisagé dans la Constitution⁹⁵. L'article 101⁹⁶ de la Loi de 1867 prévoit la création d'un éventuel

⁹⁴Éléonore von BARDELEBEN, Francis DONNAT, David SIRITZKY et Jean-Marc SAUVE, *La Cour de justice de l'Union Européenne et le droit du contentieux européen*, Collection Réflexe Europe, Paris, la Documentation française, 2012, pp. 118, 119.

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012

⁹⁵Le Canada, comme les États-Unis et l'Argentine, constitue à ce titre une exception parmi les fédérations.

Jacques BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution; le forum constitutionnel au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1968.

⁹⁶*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 101.

Cet article prévoit un tribunal compétent pour interpréter « the laws of Canada » la question s'est posée dès lors de savoir si ces lois comprenaient les lois des provinces, le Comité judiciaire, mettant l'accent sur la lettre de la constitution et non l'intention des pères de la confédération, estima que cette expression désignait uniquement des lois fédérales; Le point de vue des juges évolua peu à peu jusqu'à un renversement en 1930.

Certaines dispositions des articles 41 et 42 prévoient le recours à des dispositions spéciales pour les modifications relatives à la Cour suprême, on peut par conséquent se demander si sa composition et sa juridiction constitutionnelle d'appel n'ont pas été implicitement constitutionnalisées.

tribunal général d'appel par le Parlement du Canada. La Cour suprême fut créée par une loi ordinaire en 1875. La Loi constitutionnelle de 1867 attribuait néanmoins aux tribunaux en général un pouvoir de contrôle constitutionnel lié à la mise en application du partage des compétences fédératives et, depuis 1982, la Loi constitutionnelle pose clairement le principe du constitutionnalisme à son article 53. Sur ce plan, la Cour suprême est plus proche de celle des États continentaux qu'anglo-saxons. La Loi actuelle sur la Cour suprême date de 1952 et n'a subi depuis que des modifications secondaires. Cette loi organique fait partie de la Constitution canadienne entendue de façon extensive⁹⁷.

54. En 1867, l'idée d'État de droit était peu présente, il n'existait pas de contrôle de constitutionnalité, même dans les pays européens⁹⁸. Un tel contrôle était perçu comme contraire au principe de souveraineté parlementaire. La suprématie du Parlement a été acquise au prix de luttes violentes dans le modèle constitutionnel anglais⁹⁹, dont a hérité le Canada. On ne la remettrait pas en cause pour des concepts abstraits comme l'État de droit. Il s'agit d'une différence essentielle avec les Cours supérieures des États-Unis et de certains pays européens. Par ailleurs, contrairement aux pays européens, il n'y a pas eu rupture après la seconde guerre mondiale, l'interprétation de la Constitution s'inscrit dans la continuité de celle donnée depuis 1867. Le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine, en Grande-Bretagne, arbitrait les conflits constitutionnels et jouait le rôle de gardien de la Constitution canadienne. Les appels devant le Conseil privé furent particulièrement nombreux en matière constitutionnelle ce qui lui a permis d'influer sur le partage des compétences¹⁰⁰.

En 1949, la Cour suprême devient l'ultime tribunal de dernière instance au Canada, les appels au Conseil privé étant abolis, ceci se situant dans la suite logique du Statut de Westminster¹⁰¹ qui permettait aux nouveaux dominions de

⁹⁷ Voir l'art. 52(1) LC 1982 et le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, 2014 CSC 21

⁹⁸ En 1610 Lord Coke a proposé que le contrôle de constitutionnalité soit introduit en droit anglais mais les tribunaux n'ont pas suivi.

Philip ALLOTT, « Parliamentary Sovereignty. From Austin to Hart », *Cambridge Law Journal (Cambridge University Press)* 1990, 49 (3): pp. 377–380.

⁹⁹ C'est par la lutte contre le roi que le Parlement britannique a acquis sa souveraineté au XVII^e siècle.

Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 330. p.

¹⁰⁰ Andrée LAJOIE, Ivan BERNIER, *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1986. 225. p.

¹⁰¹ Loi de 1931 visant à donner effet à des résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930 dite *Statut de Westminster*, Westminster, 11 décembre 1931, 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.)

légiférer comme ils l'entendaient. Des craintes sont exprimées quant à ses tendances centralisatrices que la jurisprudence du Conseil privé avait toutefois mises en échec.

C'est la pratique qui va donner à la Cour suprême du Canada l'occasion d'élargir son contrôle de constitutionnalité¹⁰², dès lors qu'aura été reconnu par le Conseil privé le caractère authentiquement constitutionnel de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁰³. Au départ, le contrôle porte beaucoup plus sur le partage des compétences que sur les droits fondamentaux, dont la protection est dans une large mesure confiée à la common law. Dans ses débuts, la Cour suprême ne contrôlait que la constitutionnalité des actions gouvernementales, au regard du partage des compétences et sous la surveillance du Comité judiciaire du Conseil privé. Dans les années 1950, elle commence à protéger certaines libertés fondamentales par le truchement de la reconnaissance de l'existence d'une « déclaration implicite des droits » ; si cela paraîtra momentanément élargir le contrôle de constitutionnalité, le recours à la « déclaration canadienne des droits » s'étiolera graduellement. Ce n'est qu'en 1982, au moment de la mise en place de la Charte canadienne des droits et libertés, qu'une disposition prévoyant la nullité des lois incompatibles avec la Constitution fut insérée dans cette dernière. Bien que les tribunaux ne puissent en principe questionner la politique législative ou gouvernementale, ils entreprendront de le faire sous couvert de protection des droits enchâssés dans la Charte canadienne. Plus particulièrement, l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés¹⁰⁴, qui permet à la Cour de considérer les

¹⁰²De 1875 à 1949, 4,3% des litiges seront de matière constitutionnelle. Jusqu'à 1975 (ou appel sur autorisation) 3, 7% des litiges sont constitutionnels. Depuis 1975, la proportion de litige constitutionnel n'a pas augmenté de façon marquée. Des questions « d'importances nationales » sont traitées (peut être en raison du retard dans le traitement des affaires). En 1983: 7.53% des litiges sont constitutionnels. Entre 83 et 96:30, 4 pour cent des décisions sont constitutionnelles. La politisation des décisions de la cour semble difficile à évaluer par des statistiques.

En 1975, elle pourra choisir les litiges dans lesquels elle souhaitera s'impliquer. Le « Reading down » existe déjà, il s'agit d'une technique de CL: consistant à choisir l'interprétation d'un texte la moins incompatible avec la constitution. L'interprétation élargie « Reading in » s'oppose à l'interprétation atténuée. Après la charte, la cour commence à émettre des ordonnances à l'intention du législateur. Entre autres, elle émet des déclarations d'inopérabilité.

In Andrée LAJOIE, Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit, 1re éd., Paris, PUF, 1997, 217. p.

¹⁰³*Hodge v. The Queen* [1883] 9 AC 117 (CJCP)

Edwards v. AG Canada [1932] AC 123 (CJCP)

¹⁰⁴*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 (R-U.)] « , art. 1.

justifications gouvernementales à la restriction d'un droit de la charte, va lui fournir l'occasion de se prononcer indirectement sur des considérations substantielles, ce qui pourrait avoir influencé la portée de son contrôle du partage des compétences.

Bref, ce contrôle n'a évolué de façon substantielle qu'en 1982 mais comme le montrent les travaux d'Andrée Lajoie, la jurisprudence antérieure à 1982 portait les germes d'une telle évolution. La spécificité de la Cour suprême est plus institutionnelle que pratique. Cela laisse entrevoir, par analogie, la possibilité d'une redéfinition par la Cour de justice de ses propres fonctions, redéfinition indéniablement souhaitable pour une bonne construction européenne.

55. La Cour de justice joue, en effet, un rôle primordial dans l'appréciation de la légalité des actes législatifs ou décisionnels des institutions européennes. La Cour de justice, veillant au respect du droit de l'Union Européenne, est seule compétente pour interpréter les traités. Cela n'est pas sans évoquer la vocation originelle de la Cour suprême, instituée « pour la meilleure exécution des lois du Canada » selon la Constitution et interprète final de cette dernière. Le contrôle du droit de l'Union Européenne par la Cour de justice est limité dans la mesure où elle est perçue comme chargée de l'application de ce droit et donc soumise à lui. Le parallèle ne s'arrête pas là. De même que le juge national est juge de droit commun du droit de l'Union Européenne, les Cours supérieures détiennent la compétence de droit commun en droit canadien¹⁰⁵. La Cour de justice est, selon l'article 255 du TFUE, garante du respect des principes d'État de droit et des droits fondamentaux. Cette mission se trouve renforcée par l'intégration de la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'ordre de l'Union Européenne prévue par le traité de Lisbonne. Or l'exemple canadien a montré que le contrôle des droits de l'homme peut induire un développement des prérogatives d'une cour. Comme l'affirmait Mauro Capelletti: « la Cour de justice européenne (...) a fait la preuve qu'elle était l'organisme le plus cohérent et le plus efficace pour promouvoir une politique d'intégration européenne (...) il importe que dans toute union fédérale véritable, le dernier mot reste au droit fédéral¹⁰⁶ ». La question est de déterminer dans quelles circonstances et à quelles conditions celui-ci se voit attribuer cette priorité.

56. Ainsi, en dépit des différences entre le Canada fédéral et l'Union Européenne, l'interprétation de l'exercice du partage des compétences par ces Cours comporte-t-elle suffisamment de points communs pour rendre leur comparaison pertinente. Le rapport entretenu par la Cour de justice et la Cour suprême avec les autres institutions politiques et juridictionnelles de leur ordre

¹⁰⁵*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 101.

¹⁰⁶Mauro CAPPELLETTI, Louis FAVOREU et René DAVID, *Le Pouvoir des juges: articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Collection Droit public positif, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1990, p. 299.

juridique est également, dans une certaine mesure, comparable. La Cour de justice et la Cour suprême se prononcent toutes deux après que les institutions politiques se soient exprimées¹⁰⁷. Elles procèdent à un contrôle a posteriori. Dans chaque cas, les normes de l'entité centrale sont élaborées par des institutions représentant les entités englobantes mais aussi par des institutions représentant les États membres ou les provinces. Ainsi le Conseil de l'Union Européenne réunit-il des représentants des États membres et le Sénat canadien a-t-il pour vocation, entre autres, la représentation des provinces¹⁰⁸. Le fait que la Cour suprême soit compétente pour appliquer le droit provincial n'entrave pas la comparaison; seules des décisions où l'intervention fédérale est contestée seront étudiées.

C. L'originalité de l'étude par rapport aux travaux antérieurs

57. En 1996, la thèse de Pierre Brossard,¹⁰⁹ montrait déjà l'incapacité de l'article 5§3B à préserver les compétences étatiques. Elle annonçait que la formulation ambiguë du principe de subsidiarité serait utilisée pour « légaliser les interventions » communautaires. Les étapes ignorées de la construction européenne, d'Emmanuel Kouassivi Noah Benissan¹¹⁰, rejoint cette idée selon laquelle le principe de subsidiarité pourrait être utilisé comme technique d'harmonisation des divergences.

Cette perspective se distingue nettement de celle de Françoise Thoma qui, en 1998, laissait présager une évolution de la jurisprudence de la Cour de justice favorable aux États membres dans une autre thèse s'interrogeant également sur la justiciabilité du principe de subsidiarité: *Le principe de subsidiarité en droit communautaire : sa signification et son impact sur la construction communautaire*¹¹¹.

¹⁰⁷Concernant les procédures du recours en annulation et du renvoi préjudiciel en droit de l'Union Européenne, notes suivantes.

¹⁰⁸Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32

¹⁰⁹Pierre BROSSARD sous la direction de Hervé Rihal, L'article 3B du traité instituant la communauté européenne issu du traité de Maastricht : la consécration conventionnelle d'une création jurisprudentielle, recherche sur le principe de subsidiarité et ses rapports avec la théorie des pouvoirs impliqués, Université d'Angers, 1996, 601. p.

¹¹⁰Emmanuel KOUASSIVI NOAH BENISSAN sous la direction de Francine Demichel, *Les étapes ignorées de la construction européenne*, Université Paris 8, 2006, 756. p.

¹¹¹ Françoise THOMA sous la direction de Charles Leben, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire : sa signification et son impact sur la construction communautaire*, Université Paris 2, 1998, 530. p.

58. Notre étude rejoint ces travaux dans la mesure où, à nouveau, elle définit et montre l'utilité du principe de subsidiarité. Elle innove en recherchant de façon approfondie les entraves, argumentatives et structurelles en particulier, à un contrôle juridictionnel efficace de la subsidiarité. Sa méthode, qualitative, se distingue de celle des recherches précédentes. Ce type d'analyse est possible dans la mesure où le matériel qu'elle utilise, la jurisprudence de la Cour de justice, s'est développé depuis l'époque où les deux thèses portant sur le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne, ont été écrites en 1996 et en 1998. En outre, le contexte juridique d'application du principe de subsidiarité a évolué depuis cette époque ce qui justifie de nouvelles recherches. Le traité de Lisbonne a, entre autres, défini des domaines de compétences, exclusives et partagées, ce qui n'est pas sans répercussion sur l'application de l'article 5§3B. Enfin, la référence à la jurisprudence d'une juridiction dans un système fédéral, pour perfectionner le contrôle du principe de subsidiarité, constitue une nouveauté.

59. Notre étude s'inscrit dans la continuité de travaux portant sur la nature de l'Union Européenne¹¹². Frédéric Suquet, par exemple, dans *La légitimité démocratique de l'Union Européenne*¹¹³ établit que le principe de subsidiarité permet la mise en œuvre de la légitimité démocratique de l'Union Européenne.

Comment, en s'inspirant du modèle canadien, renforcer la justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne ?

§3. Considérations méthodologiques

60. Cette thèse, tout en présentant les apports du traité de Lisbonne, ne se limite pas à la description des différentes garanties au respect du principe de subsidiarité. Elle s'interroge sur leur portée. Après avoir justifié l'adoption d'un cadre théorique de droit comparé à cette fin(A) et l'absence de référence aux jurisprudences nationales (B), nous annoncerons le plan (C).

A. L'adoption d'un cadre théorique de droit comparé

61. La vérification des thèses avancées est possible grâce à l'étude des jurisprudences de la Cour de justice et de la Cour suprême, analysées dans une perspective comparatiste. Tel qu'établi plus tôt, la Cour de justice et la Cour suprême sont confrontées à des problèmes communs lors de l'application de mécanismes de subsidiarité. Afin d'affiner les méthodes susceptibles d'améliorer

¹¹²Franç de Paul TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen : contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union Européenne*, Université de Poitier, 2012.

¹¹³Frédérique SUQUET sous la direction de Joël Molinier, *La légitimité démocratique de l'Union Européenne*, Université Toulouse 1, 2003, 556. p.

le contrôle de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne, nous rechercherons donc par quels raisonnements et en se référant à quelles sources chacune de ces Cours y répond¹¹⁴. La philosophie implicite aux solutions proposées par les Cours et le sens profond des règles auxquelles elles se réfèrent doivent être recherchés.

62. « Une étude comparatiste n'est pas sans soulever des difficultés pratiques, méthodologiques et conceptuelles »¹¹⁵. Il ne s'agit pas, en effet, d'exposer et de décrire deux systèmes de façon parallèle mais de démontrer l'existence d'analogies entre eux.

Certaines contraintes sont, par conséquent, contingentes à l'adoption d'un cadre théorique de droit comparé, il en est ainsi de la description de phénomènes communs au-delà des différences entre la terminologie ou la sélection de la jurisprudence étudiée. Il s'agit d'utiliser des concepts, qui suffisamment généraux pour englober deux réalités comparées, demeurent précis. Le terme « subsidiarité », en particulier, peut être utilisé en droit canadien dans un sens différent de celui qu'il possède en droit européen. Nous utiliserons le plus souvent les expressions de « mécanismes de subsidiarité » pour désigner à la fois la subsidiarité prévue à l'article 5§3 en droit de l'Union Européenne et les clauses s'en rapprochant en droit canadien, c'est à dire la clause de commerce et la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement.

63. Néanmoins, pour démontrer l'existence de mécanismes communs, il s'agit dans un premier temps d'apporter à la connaissance du lecteur un système juridique qui peut lui être étranger. Certains passages descriptifs sont par conséquent inévitables.

Pour faciliter la lecture, les systèmes canadien et européen seront donc parfois étudiés dans des sections distinctes. En effet, si les deux systèmes possèdent des logiques comparables, leurs méthodes sont spécifiques. Une référence simultanée aux deux droits, dans le cadre d'une « véritable analyse comparée », aurait pu nuire à la clarté des développements relatifs aux mécanismes de subsidiarité dans chacun de ces systèmes.

Cette structure du plan se justifie d'autant plus que la comparaison s'opère à un niveau parfois très général. Une « macro-comparaison »¹¹⁶ est parfois possible alors qu'une « micro comparaison » ne l'est pas.

¹¹⁴ Kanstantsin DZEHTSIAROU, « Comparative Law in the Reasoning of the European Court of Human Rights », SSRN Scholarly Paper, ID 1703120, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2010, en ligne: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1703120>> (consulté le 18 novembre 2013).IV. III Law Cherry Picking

¹¹⁵ Xavier MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Université d'Aix-Marseille, Thèse de doctorat, 2002, 381. p.

¹¹⁶ Xavier MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Université d'Aix-Marseille, Thèse de doctorat, 2002, 381. p.

64. La méthode adoptée en deuxième partie de cette étude comparative sera celle de l'étude de cas. Cette stratégie de recherche permet d'étudier des phénomènes contemporains dans une réalité où le phénomène et son contexte n'étant pas toujours clairs ¹¹⁷, l'utilisation de sources multiples d'informations devient nécessaire. Ces conditions sont réunies dans cette recherche : la frontière entre les décisions de la Cour et leurs contextes est encore obscure et les sources d'informations permettant de mieux la cerner sont multiples : jurisprudence provinciale ou nationale, composition de la Cour suprême ou de la Cour de justice de l'Union Européenne, position des gouvernements relativement au fédéralisme ou à l'Union Européenne.

Cette méthode est appropriée, d'une part, car elle favorise une étude approfondie du pouvoir normatif des juges de la Cour suprême et de la Cour de justice de l'Union Européenne et, d'autre part, puisque les variables choisies - décisions de la Cour, contexte, position des autres institutions - ne sont pas manipulables. Une étude de cas permet une étude approfondie des facteurs influençant les juges dans leurs décisions.

L'étude de cas implique non une référence isolée à chacun d'eux mais une mise en relation de l'apport de chacun d'eux pour répondre au problème posé. Pour faciliter la clarté de l'analyse, les décisions seront parfois étudiées de façon distincte et l'étude comparée des décisions n'interviendra qu'au niveau de conclusions. Des références juxtaposées à des arguments invoqués dans différentes décisions auraient, en effet, pu altérer la lisibilité du raisonnement parfois complexe de la Cour. Certains arguments ne peuvent être entendus isolément. Une référence aux faits est indispensable à la compréhension des décisions de la Cour suprême du Canada. Afin d'assurer la rigueur de la recherche en dépit du commentaire distinct des différentes décisions, le même type d'élément : argument, objectif de la Cour, entre autres, sera systématiquement recherché dans chacune de ces décisions.

65. L'étude reposera sur plusieurs décisions de la Cour suprême et de la Cour de justice de l'Union Européenne afin d'accroître la fiabilité des résultats observés. L'étude se limite à une époque où le Canada a acquis son autonomie et possède une juridiction de dernière instance qui lui est propre et où la construction européenne aboutit à un certain niveau d'intégration avec la Communauté Économique Européenne. Elle se limitera à des décisions comprises entre 1975 et 2012¹¹⁸. L'étude d'un éventail trop large de décisions serait difficilement réalisable. En outre, les arrêts étudiés seront ceux où la Cour

¹¹⁷Robert K. YIN, *Case study research: design and methods*, 4th ed., Thousand Oaks, Calif, Sage Publications, 2009.

¹¹⁸Kanstantsin DZEHTSIAROU, « Comparative Law in the Reasoning of the European Court of Human Rights », SSRN Scholarly Paper, ID 1703120, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2010, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=1703120>> (consulté le 18 novembre 2013).IV. III Law Cherry Picking.

ne se contente pas de citer des théories relatives au partage des compétences mais où elle en précise le contenu et la portée. L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour suprême sur un intervalle de temps trop étroit permettrait mal d'évaluer l'influence contextuelle. A l'inverse, sur une période trop étendue, l'arbitraire de la sélection des arrêts étudiés serait accru. En dépit de la grande portée et du caractère actuel des décisions choisies, il est loisible de s'interroger sur la représentativité des arrêts analysés. En effet, l'induction amplifiante n'est pas un mode de raisonnement parfaitement fiable. Il est, de fait, possible que certaines décisions sur le sujet aient échappé à la sélection initiale.

Les domaines étudiés : marché intérieur, relation de travail, aéronautique, bioéthique et environnement auront été choisis consécutivement à une recherche sur les moteurs de recherche du site de la Cour de justice¹¹⁹ et sur celui de la Cour suprême¹²⁰. Nous avons ensuite regroupé la jurisprudence ainsi dégagée par domaine. Les domaines étudiés sont donc représentatifs de l'existence de contentieux relatifs à l'interprétation de la subsidiarité.

66. La comparaison entre les décisions étudiées nécessite une référence au contexte juridique et politique, dans lequel elles ont été rendues¹²¹. L'appréhension d'un système juridique représente un défi de taille. Il s'agit non seulement de comprendre une culture distincte mais des contextes différents.

Les informations utiles à cette étude de cas seront récoltées par une observation documentaire. La recherche documentaire est particulièrement appropriée en raison de l'accessibilité des arrêts de la Cour suprême et de la Cour de justice de l'Union Européenne. L'observation directe de la prise de décision semble difficilement envisageable pour des raisons pratiques.

67. Les sites officiels de la Cour de justice de l'Union Européenne et de la Cour suprême indiquent l'origine des juges qui les composent, l'année de leur entrée en fonction, leur formation et leur expérience du droit. Les sites des institutions politiques canadiennes, ministères, assemblées, les communiqués relatifs à des réunions et conseils de ministres, permettent de déterminer le contexte dans lequel ont été prises les décisions. Le site des institutions européennes fournit de nombreuses explications sur le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne. Ces informations sont utiles pour comprendre le rôle des institutions politiques dans le contrôle de la subsidiarité dans chacun de ces systèmes. La presse fournit un éclairage sur le contexte dans lequel ont été

¹¹⁹ <http://curia.europa.eu/>

¹²⁰ <http://www.scc-csc.gc.ca/>

¹²¹ Paul Alphonso MATTERA, « Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes. » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1991 n2, pp. 8-10

'The Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?' 19 Human Rights Law Review 1998 1 at 4; Kristin Henrard and M. Busstra, 'Conflicting Fundamental Rights: Broad Parameters for a Model of Review' (manuscrit)

rendues les décisions étudiées et sur la perception de la fonction juridictionnelle par la population. La consultation de projets de lois et de travaux de commissions des lois procure des renseignements sur l'intention du législateur.

68. Il s'agit d'étudier l'argumentation de la Cour de justice, non pas en raison de sa valeur contraignante mais dans la mesure où elle permet le perfectionnement du contrôle de la subsidiarité.

Pour ce faire, nous procéderons à une analyse systématique de la jurisprudence¹²². La prédétermination, c'est-à-dire les techniques normatives utilisées par les auteurs de la règle, suffit rarement à interpréter un principe indéterminé comme la subsidiarité. Nous rechercherons, par conséquent, comment pèsent sur l'interprétation de la subsidiarité la codétermination, c'est-à-dire la réception d'une norme par l'ensemble de ses interprètes et la surdétermination, c'est-à-dire « les contraintes qui découlent, pour l'application du droit, d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif ». Une telle analyse de l'argumentation des Cours, en particulier appliquée dans une perspective comparative, devrait permettre de déceler les entraves à un contrôle opérationnel de la subsidiarité et d'ainsi les dépasser.

69. Le point de vue adopté sera un point de vue externe modéré. Ce point de vue est d'abord externe dans la mesure où les règles décrivant le partage des compétences s'adressent à des institutions et non directement aux citoyens. Il sera surtout externe en ce que la recherche ira au-delà d'une simple description des normes relatives au partage des compétences et portera un regard critique sur la jurisprudence donnant sens à ces normes.

La normativité de la jurisprudence relative au partage des compétences se situe à deux niveaux : la normativité des textes organisant le partage des compétences (constitutions et traités) à l'égard des juges tout d'abord, et la normativité des décisions des juges à l'égard des institutions politiques auxquelles elles s'adressent (législateur fédéral et législateurs provinciaux, législateur européen et législateurs nationaux). Cette étude se limitera au premier aspect mentionné.

Un point de vue externe extrême ne saurait par ailleurs rendre compte du phénomène normatif en ce qu'il se contenterait d'observer le comportement des juges relativement aux textes régissant le partage des compétences, sans rechercher s'ils acceptent ces derniers et se sentent liés par eux dans leurs décisions. Les discours externes sur la Constitution canadienne et les traités originaires seront donc combinés à un discours externe sur le comportement des juges et à la prise en compte des contraintes internes régissant la fonction de ces derniers. D'où un point de vue externe modéré.

B. Le choix de ne pas étudier la jurisprudence des juridictions nationales

¹²²Gérard TMSIT, *Les noms de la loi*, Collection « les vies du droit », Paris, PUF, 1991, 199. P.

70. Il aurait été possible de s'interroger sur le rôle des juridictions nationales dans l'intégration du droit de l'Union Européenne, mais cela aurait constitué un problème de recherche distinct, quoique lié à notre objet d'étude. Les approches adoptées par ces juridictions sont multiples ce qui aurait inutilement complexifié la question. Divers travaux de recherches traitent de cette question et de celle de l'influence des juridictions nationales sur les décisions de la Cour de justice¹²³.

71. L'influence de la jurisprudence des juridictions constitutionnelles nationales sur l'interprétation de la subsidiarité par la Cour de justice ne sera pas étudiée pour divers raisons. Les juridictions nationales se déclarent incompétentes pour contrôler les respects par les normes de l'Union Européennes du principe de subsidiarité (1). Les effets de la référence d'une juridiction nationale au principe de subsidiarité, pour assurer la prééminence de leur Constitution nationale semblent limités dans la pratique (2). Quoiqu'il en soit, les juridictions nationales peuvent limiter le respect de la subsidiarité en refusant de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle portant sur le respect de l'article 5 ou en refusant de l'utiliser pour limiter les interventions de l'Union Européenne (3).

1. L'absence de contrôle de la subsidiarité par les juridictions nationales

72. Quoique les juridictions nationales soient juges de droit commun du droit communautaire, elles ne se considèrent pas comme compétentes pour refuser d'appliquer une norme de l'Union Européenne qui enfreindrait l'article 5§3TUE. Si le juge national est juge de droit commun du droit de l'Union Européenne, il n'en est pas l'interprète. Il est rare que des normes de l'Union Européenne soient clairement contraires au principe de subsidiarité. De façon générale, l'examen du respect de ce principe nécessite une interprétation de la norme examinée à la lumière du principe de subsidiarité. Par conséquent, lorsqu'elle possède un doute sur la compétence de l'Union Européenne, une juridiction nationale sursoit à statuer et saisit la Cour de justice d'une question préjudicielle relative à l'interprétation des traités. Les décisions des juridictions nationales se référant au principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne¹²⁴se bornent à se ranger à l'interprétation de la Cour de justice. Il revient donc à la Cour de Justice et non aux juridictions nationales de contrôler le respect de ce principe, raison pour laquelle nous privilégierons l'étude de sa jurisprudence.

¹²³Guy CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national » , *Droit et société*, 1992, Vol. 20, pp. 133-141.

Julie DUPONT-LASALLE, « subsidiarité juridictionnelle » , instrument de l'intégration communautaire ? » , *Droit et société*, 2012/1, n° 80, 262 p.

¹²⁴Ces décisions demeurent relativement rares.

Cette caractéristique ne nuit pas à la comparaison dans la mesure où la Cour suprême du Canada, au sommet de l'ordre juridictionnel canadien, possède également une grande liberté d'interprétation par rapport aux autres juridictions de l'ordre juridique auquel elle appartient.

2. Le peu d'impact de la référence des juridictions nationales à la subsidiarité sur la jurisprudence de la Cour de justice

73. La Cour constitutionnelle allemande a rendu en octobre 1993 un arrêt sur la conformité du traité de Maastricht à la Loi fondamentale de la RFA. La Cour de Karlsruhe est la seule juridiction constitutionnelle à avoir rendu, à propos de ce Traité un arrêt comportant une analyse du principe de subsidiarité qu'il contient.

La Haute juridiction relève que le Traité ne confère à l'Union et aux Communautés européennes que certaines compétences, selon le principe de l'attribution, et qu'il élève le principe de subsidiarité au rang de principe de droit contraignant. Cet arrêt précise que si l'interprétation des règles attributives de compétences conduisait à élargir *de facto* les compétences attribuées par le Traité à la Communauté et à l'Union, cet élargissement n'engendrerait pour l'Allemagne aucun effet contraignant. La Cour constitutionnelle allemande rappelle quelles conditions doivent remplir les compétences partagées exercées par l'Union pour respecter le principe de subsidiarité. La Cour reconnaît le rôle majeur du Conseil dans le contrôle de ce principe et précise que le gouvernement et les chambres du Parlement doivent veiller au respect de ce principe.

74. On peut s'interroger sur les effets pratiques de cette position de principe. Il semble difficilement envisageable que la Cour constitutionnelle allemande refuse d'appliquer une norme que les institutions de l'UE auraient considérée comme conforme au principe de subsidiarité. Ne pouvant déclarer invalide une norme de l'UE, tout au plus pourrait-elle refuser de l'appliquer en cas de contradiction avec la Constitution allemande.

3. Les réticences des juridictions nationales à mettre en œuvre le principe de subsidiarité

75. La question se pose de savoir dans quelle mesure le refus d'une juridiction nationale de saisir la Cour de justice pourrait limiter le contrôle juridictionnel de la subsidiarité et par conséquent son application effective.

Le 24 novembre 2003, les Associations « La Méridienne » et l'Association contre l'heure d'été demandent au Conseil d'Etat la saisine de la Cour de Justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle tendant à voir apprécier la validité de la directive n° 2000/84/CE, du Parlement européen et du

Conseil européen, du 19 janvier 2001, relative à l'heure d'été¹²⁵. Le Conseil d'Etat rejette cette requête. Il considère qu'en harmonisant les périodes d'heures d'été et d'hiver entre les pays européens, « il est clair que cette directive contribue ainsi à l'objectif de réalisation du marché intérieur mentionné à l'article 95 du traité de l'Union européenne sans contrevenir au principe de subsidiarité défini à l'article 5 du même Traité ; que le moyen tiré de la méconnaissance par la directive des stipulations du Traité doit ainsi, en tout état de cause, être écarté, sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question sur ce point, qui ne soulève aucune difficulté sérieuse » . Considérant que le respect de la subsidiarité par la directive est évident, le Conseil d'Etat estime qu'une saisine de la Cour de justice est superflue.

De façon générale, la France a eu tendance à défendre le contrôle politique de la subsidiarité plutôt que son contrôle juridictionnel. Les propositions en faveur d'une inscription de la subsidiarité dans la Constitution française en 1992 visaient à permettre le contrôle du respect de ce principe par les actes communautaires, par le conseil constitutionnel. Ce dernier exprime pourtant des réticences à se référer à ce principe pour défendre la souveraineté nationale¹²⁶.

C. Annonce du plan

76. Nous essaierons de montrer dans une première partie que le caractère évolutif du critère de la capacité à agir des entités englobées, dont l'application varie au gré des évolutions sociales, rend nécessaire son interprétation juridictionnelle, qui devrait ainsi participer à la fonction de constituant. Nous montrerons que préciser les critères d'application du principe de subsidiarité devrait, en réduisant au minimum nécessaire le pouvoir interprétatif du juge, lui permettre d'effectuer un contrôle efficient sans devenir arbitraire.

En effet, des lacunes textuelles pourraient entraver le contrôle juridictionnel. Le problème principal auquel sont confrontés les juges réside dans l'évaluation de la capacité à agir des provinces ou Etats membres. Des critères précis d'évaluation de la capacité à agir faisant défaut, la Cour de justice et la Cour suprême se

¹²⁵CE, Association « La Méridienne» et Association contre l'heure d'été, M. Erik L, n° 232590, 24 novembre 2003.

¹²⁶Décision n° 97-394 DC du 31/12/1997 relative à la constitutionnalité du traité d'Amsterdam, considérant 22: « que, toutefois, la seule mise en œuvre de ce principe pourrait ne pas faire obstacle à ce que les transferts de compétence autorisés par le traité soumis à l'examen du Conseil constitutionnel revêtent une ampleur et interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » .

cf. également Décision n°2004-505 DC relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe, considérant 25

trouvent régulièrement dans l'impossibilité de sanctionner une intervention injustifiée de l'entité centrale.

La question de la subsidiarité ne peut être traitée sans référence à celle de la proportionnalité des interventions de chaque ordre de gouvernement à une époque où les législations des deux niveaux de pouvoir se complètent¹²⁷.

L'étude comparée de la subsidiarité¹²⁸ dans ces deux systèmes de droit devrait permettre de cerner les différents problèmes posés par son application et, par la complémentarité des méthodes qui leurs sont propres, d'en affiner les critères. En quoi le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité est-il nécessaire ?

77. Dans une seconde partie, par une démarche inductive à partir de la production constitutionnelle des Cours, nous tenterons d'identifier les contraintes déterminant l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité. Nous rechercherons comment les Cours se prononcent en dépit des limites conceptuelles de la subsidiarité identifiées en première partie : indétermination du champ d'application de la subsidiarité, des critères d'évaluation de la capacité à agir des niveaux de gouvernement, du lien entre subsidiarité et proportionnalité. Nous procéderons dans ce but à une analyse de l'argumentation des Cours dans leur jurisprudence relative à la subsidiarité.

Il s'agira de rechercher si, dans la pratique, les Cours exploitent pleinement leur potentiel de contrôle de la subsidiarité avant de s'interroger sur la légitimité d'un tel contrôle.

Il ne s'agit pas tant de suggérer une référence de la Cour de justice au modèle canadien, la Cour de justice n'utilisant pas véritablement le droit comparé comme source primaire, mais bien de rechercher dans l'exemple canadien des moyens de perfectionner ce contrôle.

En quoi le contrôle juridictionnel de la subsidiarité est-il nécessaire à la construction de l'Union Européenne et comment perfectionner sa mise en œuvre?

Nous rechercherons si la nature même de la subsidiarité rend inévitable ce contrôle (première partie), puis quelle devrait être l'étendue de ce contrôle (deuxième partie).

¹²⁷ La théorie canadienne du champ inoccupé, tout comme celle de la préemption en Europe, ôte aux unités décentralisées la capacité d'intervenir lorsque l'unité centrale a montré sa volonté de régir un domaine législatif dans sa totalité.

¹²⁸« L'intérêt du principe de subsidiarité pour perfectionner le critère de la capacité à agir provinciale ne réside pas tant dans son application pratique que dans son potentiel analytique» (Traduit par l'auteur, Noura KARAZIVAN and Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities Within the Canadian Federation» , 2010 49-1 *Canadian Business Law Journal* 1. pp. 1-38.

PREMIERE PARTIE. LA NECESSITE D'UN CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA SUBSIDIARITE

78. La subsidiarité permet l'évolutivité de l'exercice du partage des compétences et l'ouverture du droit sur le contexte politique et social (titre 1). Le respect de la subsidiarité doit être démontré lors de chaque intervention des institutions de l'Union Européenne¹²⁹. Le contrôle de la subsidiarité par les institutions politiques ne suffit pas à exclure tout contrôle et toute interprétation juridictionnelle de la subsidiarité (titre II).

¹²⁹Quoique le sujet principal de cette thèse soit l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne, nous compléterons notre recherche par une étude de la jurisprudence de la CEDH en deuxième partie. L'article 6, paragraphe 2, du traité de Lisbonne (TUE), prévoyant que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », il serait difficile de ne pas en tenir compte. Cela d'autant plus que les droits de l'homme ont largement inspiré la doctrine relative au principe de la subsidiarité; bien que, comme nous le verrons, cette subsidiarité ne possède un sens identique à celle prévue par l'article 5 en droit de l'Union Européenne. Enfin, les droits de l'homme ont largement contribué au développement des compétences de la Cour suprême en droit canadien. Il n'est pas exclu que le développement de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droit de l'homme induise une évolution semblable en droit de l'Union Européenne.

TITRE I. L'INDETERMINATION D'UNE NORME EVOLUTIVE

Après avoir montré l'utilité de mécanismes de subsidiarité dans tous systèmes (chapitre 1), nous exposerons les limites auxquelles ils se trouvent confrontés (chapitre 2). Les traités européens ne suffisent pas à déterminer avec certitude le sens et la portée de ce principe. La Loi constitutionnelle de 1867 n'écarte pas davantage toute incertitude relative aux mécanismes de subsidiarité en droit canadien.

CHAPITRE 1. L'APPORT DE LA SUBSIDIARITE ET SES CRITERES D'APPLICATION

79. Le principe de subsidiarité, par l'interprétation dynamique qu'il appelle, permet au partage des compétences de s'exercer de façon évolutive en droit de l'Union Européenne. La clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement et la clause de commerce peuvent jouer un rôle équivalent en contexte canadien. Nous examinerons les objectifs poursuivis par les mécanismes de subsidiarité (section 1) avant d'exposer les critères de leur application (section 2).

SECTION 1. L'APPORT DE LA SUBSIDIARITE

80. Par son caractère ambivalent et dynamique, le principe de subsidiarité permet l'adaptation de l'exercice du partage des compétences aux circonstances (*sous-section 1*). Le fédéralisme canadien permet, dans une perspective dynamique commune au principe de subsidiarité, l'évolutivité des pouvoirs du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux (*sous-section 2*).

Sous-section 1. Le caractère ambivalent et dynamique du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

81. Le principe de subsidiarité participe à garantir l'évolutivité du droit de l'Union Européenne. Pour permettre l'adaptation de l'exercice du partage des compétences aux circonstances, le principe de subsidiarité doit être ambivalent (§1) et dynamique (§2).

§1. Le caractère ambivalent du principe de subsidiarité

82. La subsidiarité implique un» choix foncièrement politique, allant tantôt dans le sens de la centralisation, tantôt dans celui de la décentralisation, en fonction des critères d'efficacité et de dimension » 130. Par sa nature ambivalente, le principe de subsidiarité rassemble les partisans de l'intergouvernementalisme et ceux de l'intégrationnisme¹³¹. Il permet de concilier liberté individuelle et justice sociale tout en tenant compte de l'histoire des États nations¹³². Le principe de subsidiarité et celui du fédéralisme visent l'un comme l'autre à maintenir l'unité dans la diversité¹³³. Le principe de subsidiarité, dans

¹³⁰Jean-Victor LOUIS, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité » , in *Promenades au sein du droit européen*, Mélanges en hommage à Vandersanden Georges, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 283.

¹³¹Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013)

« Je pense personnellement que la subsidiarité n'est un nouvel avatar ni du libéralisme, ni d'ailleurs du socialisme démocratique. Elle n'est l'apanage d'aucune doctrine politique ou économique. Il ne faut pas la laisser devenir l'arme de dissuasion utilisée par les intégristes du « tout marché » ou du « tout laisser faire » . L'ambivalence du principe doit être conservée. La subsidiarité ne peut être réduite à un moyen pour les États d'échapper à toute contrainte, ni permettre la mise en place d'une Communauté interventionniste à l'excès » .

¹³²Jean BAECHTEL, « Europe et fédération » in *Contrepoints et commentaires*, Paris, Calmann Levy, 1996, p. 531.

¹³³Jean-Philippe DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité. » *RIDC*, 2007.n1 pp. 107-140.

Le fédéralisme garantit mieux qu'un État centralisé la répartition et le contrôle du pouvoir étatique. Il tient compte de la tradition et des spécificités historiques et conserve le contact avec les citoyens et la « vision de près des événements » et devrait dans une telle perspective être associé au principe de subsidiarité. Il permet de conserver les identités culturelles, religieuses, linguistiques, juridiques; répondant ainsi aux revendications de groupes qui risqueraient de ne plus parvenir à coexister si un statut spécifique ne leur était reconnu. La reconnaissance de statuts particuliers dans le but d'octroyer plus de liberté à une entité le désirant peut également être accordée au sein d'un État régional ou

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

son sens de secondaire, permettait à l'origine la protection de l'autonomie individuelle ou collective contre toute intervention publique injustifiée. Ainsi, dans le cas européen, l'entité supérieure agit-elle de façon secondaire. On qualifie par conséquent d'aspect descendant de la subsidiarité l'obligation pour l'Union Européenne de ne pas intervenir lorsque les États sont en mesure d'exercer leurs compétences. Tel n'est pas toujours le cas ; dans certains systèmes, l'entité inférieure ne peut agir qu'accessoirement, tant qu'elle est en mesure d'appliquer une norme sans que cela porte atteinte à la cohésion de l'ensemble du système. La subsidiarité ascendante bénéficie à l'État lorsqu'elle organise les relations de l'État avec l'individu et les groupes intermédiaires, la. A l'inverse, dans une logique fédérale ou proto-fédérale, la subsidiarité descendante joue en faveur de l'État.

83. La seconde dimension du principe de subsidiarité, celle de « secours », concerne toujours l'entité supérieure ; cette dernière devant assister les collectivités inférieures dans la réalisation de leurs tâches. On qualifie d'ascendante l'obligation pour l'Union Européenne d'intervenir lorsque les États ne sont pas en mesure de poursuivre par eux-mêmes un objectif poursuivi par les traités avec succès (A). Le principe de subsidiarité peut bénéficier tour à tour à chaque niveau de pouvoir. Il fait appel à la raison de l'interprète, devant évaluer au cas par cas la capacité d'action de chaque niveau de pouvoir. Ainsi, le principe de subsidiarité apparaît-il comme un principe neutre au contenu positif (B), pouvant renforcer ou réduire les souverainetés nationales. L'ambivalence de la subsidiarité renvoie à la multiplicité des intérêts assurés par une structure fédérale ou interétatique¹³⁴.

A. L'aspect ascendant de la subsidiarité

84. L'aspect ascendant de ce principe pose une obligation d'agir pour l'entité supérieure. Le niveau supérieur, non seulement peut, mais doit agir lorsque les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes. Il s'agit d'une mission de l'entité supérieure davantage que d'une compétence.

même d'un Etat unitaire. Ainsi la France a-t-elle procédé vis-à-vis de la Corse. Cette distinction entre les entités est nécessaire à leur assurer une égalité réelle. Ces dernières doivent détenir un pouvoir décisionnel correspondant aux particularités de leur histoire.

¹³⁴ « Le fédéralisme s'accommode mal de la logique du prisme unique, où tout problème se voit continuellement adopté sous l'angle d'une même rationalité. »

Jean-François GAUDREAU-DESBENS ET Fabien GELINAS (DIR.), *Le fédéralisme dans tous ses états: gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism : governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais; Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 48.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Dans l'hypothèse de l'Union Européenne, la subsidiarité « vers le haut » permet à l'Union d'agir lorsque son intervention est plus efficace que celle des Etats membres pour atteindre un objectif. L'ordre juridique de l'Union Européenne, s'il ne tient pas compte de sa double dimension, prive le principe de subsidiarité de toute sa portée¹³⁵. Il ne doit être perçu, ni comme une clause de compétence générale au profit de l'Union, ni comme un moyen de préserver les compétences étatiques, ce qui constituerait une menace pour le principe de loyale collaboration¹³⁶.

L'aspect ascendant de la subsidiarité contribue à garantir l'efficacité du droit de l'Union Européenne. En outre, il tend, en préservant l'uniformité du droit de l'Union Européenne, à assurer l'égalité de traitement des citoyens européens.

85. Le principe de subsidiarité, comme celui de primauté, agit comme garde-fou de la construction de l'Union Européenne. Dans les deux cas, la compétence de l'Union Européenne se fonde sur le transfert des compétences étatiques : » il est évident que lorsque les États décident politiquement et sans ambiguïté de partager leurs souverainetés et de les exercer ensemble dans le cadre de l'Union et au moyen d'Institutions communes, ils ne peuvent, plus tard, refuser aux instances de l'Union Européenne de se prononcer et d'engager des actions, selon des modalités à déterminer¹³⁷. »

La subsidiarité permet dans certains cas de préserver la justice sociale. L'aspect ascendant de la subsidiarité assure une application uniforme du droit afin que les situations soient traitées de façon équitable¹³⁸. Cette application uniforme ne peut se faire sans une certaine unité du système, assurée par l'intégration de

¹³⁵Jean-Philippe DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité. » *RIDC*, 2007. n1 pp. 107-140.

¹³⁶Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? » , *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, p. 227.

¹³⁷Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013)

« Des exemples, pris parmi d'autres, illustrent ce recours fallacieux à la subsidiarité pour ne pas avancer. Si la Communauté décide d'harmoniser les conditions de santé et de sécurité des travailleurs - et donc de les protéger - on voit mal comment les solutions pourraient être profondément différentes d'un Etat à un autre, au regard du risque d'exposition à l'amiante ou du nombre d'extincteurs d'incendie par entreprise. »

¹³⁸Jean-Philippe DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation, Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité. » *RIDC*, 2007 n1. pp. 107-140.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'Union Européenne. Dès qu'il existe un besoin de cohésion, la subsidiarité comporte une obligation d'agir pour l'entité centrale, la rendant responsable des collectivités et personnes qu'elle englobe.

86. Le principe de subsidiarité, dans son aspect ascendant, est nécessaire à l'effectivité du droit de l'Union Européenne ; il permet à l'Union de détenir des compétences suffisantes pour réaliser les objectifs du traité.

Lorsque l'Union n'intervient pas directement pour accomplir ces objectifs, elle peut encourager la coopération nationale, coordonner l'action nationale ou lui apporter un complément, un supplément, un appui. Les Etats ne doivent déroger aux règles de l'Union Européenne que de façon mesurée.

87. L'unité du droit de l'Union Européenne permet de maintenir l'Union entre les peuples et d'assurer la solidarité entre les États, ce qui contribue à instituer une conception universelle des droits de l'homme.

Le respect du principe d'égalité nécessite parfois la distinction entre les situations auxquelles il s'applique et, par conséquent, la reconnaissance de spécificités locales, ce qui est rendu possible par l'aspect descendant de la subsidiarité. Les entités englobées règlent les cas où il importe davantage d'être proche des événements et des citoyens que d'harmoniser les conditions de vies.

B. L'aspect descendant de la subsidiarité

88. La subsidiarité assure le respect des compétences des entités inférieures. Elle fonde les entités inférieures à agir tant qu'elles sont en mesure de le faire. Elle est une limite à l'action d'une entité centrale vis-à-vis des entités englobées. La subsidiarité permet ainsi l'octroi d'un certain degré d'indépendance à une autorité subordonnée vis-à-vis d'une autorité de niveau supérieur, notamment d'une autorité locale envers le pouvoir central. Une bonne application du principe de subsidiarité assure également la responsabilisation de tous les niveaux de pouvoir. Dans l'hypothèse de l'Union Européenne, la subsidiarité « vers le bas » limite l'action de l'Union Européenne aux objectifs que les États ne pourraient atteindre.

89. Le principe de subsidiarité permet la protection et la reconnaissance de la diversité¹³⁹ (1), il apparaît comme le corollaire de celui de démocratie (2). Il permet en outre de réconcilier l'opinion publique avec l'Union Européenne(3).

1. La protection de la diversité par le principe de subsidiarité

¹³⁹Devise de l'Union Européenne: « Unie dans la diversité» .

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

90. Les débats ayant conduit à l'insertion de l'article 5§3B dans le traité de Maastricht, dans un contexte de critique du centralisme de l'Union Européenne(a), indiquent la volonté des États de préserver une certaine diversité, politique, sociale, culturelle, sur le continent européen (b).

a. Les débats à l'origine de l'article 5§3B

91. L'inscription de la subsidiarité dans le traité de Maastricht visait notamment à préserver la diversité politique et culturelle de l'Europe. Les États, en soulignant l'importance de la subsidiarité¹⁴⁰, entendaient contrebalancer l'élargissement du champ des compétences reconnues à la Communauté par le traité de Maastricht¹⁴¹. La notion de subsidiarité compensait l'élimination des mots « vocation fédérale » qui heurtaient les Britanniques¹⁴².

L'article 5§3 a été introduit dans un contexte de critique du centralisme de l'Union Européenne selon lequel la reconnaissance de compétences concurrentes au profit de l'Union Européenne ne doit pas impliquer la couverture de l'intégralité du secteur en question par l'action de l'Union Européenne. Selon ce courant, l'action de l'Union Européenne devrait se borner à des aspects généraux. Ces revendications répondent à une logique fédérale - une telle logique a été rejetée par nombre d'Etats membres lors de conférences intergouvernementales¹⁴³ - mais également aux attentes des partisans d'une limitation de la portée des politiques de l'Union Européenne.

92. Avant l'article 5§3B du traité de Maastricht, la Communauté pouvait s'octroyer des pouvoirs d'action pour réaliser l'objet économique de la Communauté. On a tenté d'utiliser l'article 235 du traité CEE (ex-art. 308 TCE¹⁴⁴ et désormais article 352TFUE) pour élargir les objectifs du traité selon l'aspect ascendant de la subsidiarité. La déclaration de Laeken de 2001, quant à elle, ramène les compétences vers les États membres conformément à l'aspect descendant de la subsidiarité. Avec Maastricht puis désormais Lisbonne, la

¹⁴⁰Christian de LA MALEÑNE, L'application du principe de subsidiarité: [rapport d'information], Collection Rapports du Sénat, n°97/46, Paris, Direction des journaux officiels, 1996.

¹⁴¹Cet élargissement était en particulier favorisé par la possibilité pour cette dernière de prendre des décisions à la majorité qualifiée.

¹⁴²Jacques de MAILLARD, Union Européenne et sécurité intérieure: institutionnalisation et fragmentation, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 168.

¹⁴³Une logique fédérale est rejetée lors de la conférence intergouvernementale.

Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité dans le cadre de la Conférence intergouvernementale de 1996 », *Les Petites Affiches*, n° 147, 8 décembre 1995, pp. 20-25.

¹⁴⁴Traité instituant la Communauté Européenne, 24 décembre 2002, *Journal officiel* n°C 325, art. 235.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Communauté ne peut agir dans le cadre de l'article 235 TCEE, désormais article 352 TFUE que si elle prouve l'insuffisance de l'action étatique¹⁴⁵.

b. L'objectif de protection de la diversité

93. Le principe de subsidiarité permet la reconnaissance et la préservation de la diversité nationale et de la diversité sociale. Il contribue à garantir le respect du principe de pluralisme.

La nature du principe de subsidiarité semble difficile à établir. Pour Marc Wikle et Helen Wallace, il s'agirait d'un problème sociopolitique et non pas d'un principe juridique ou constitutionnel¹⁴⁶, ce qui remettrait en cause l'existence d'une subsidiarité véritablement judiciaire. La subsidiarité peut être perçue comme un moyen d'adapter le droit aux circonstances.

94. A l'époque moderne, le droit se heurte aux mêmes difficultés que les sciences ou la philosophie. Il s'agit de penser l'universalité sans nier les spécificités locales décrites par les ethnologues. Le principe de subsidiarité, est caractéristique de cette tension et y répond de manière propre par un droit autonome. La recherche d'universalité et d'unité dans la diversité n'est pas nouvelle. Au XVIII^e siècle, la nécessité d'assurer le respect d'un droit étatique en dépit de la diversité des coutumes régionales donnait lieu au même type de questionnement. A l'universalité du droit ou de l'économie, prétendant à une certaine rationalité, répond une diversité sociale qui ne saurait s'éteindre. L'universalisme doit, par conséquent, être pensé dans la tolérance et même la prise en considération des frontières nationales et locales¹⁴⁷.

Entre forces unificatrices et forces de résistance, des forces de conciliation sont à l'œuvre. Ces forces nécessitent que les normes soient diversifiées tout en demeurant proportionnées à leur objet, quel que soit le coût engendré par la pluralité des mesures adoptées. La conciliation de différentes normes impose aux juristes une culture comparatiste. La recherche d'un consensus, suggérée par certains dans un esprit démocratique, soucieux de ne pas imposer une norme à ceux qui ne l'auraient pas acceptée, implique une certaine lenteur.

95. Le principe de subsidiarité permet de protéger l'autonomie des États et éventuellement des régions contre une intervention injustifiée. Il permet

¹⁴⁵Josee MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, pp. 193-201.

¹⁴⁶Vladimir CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité. » *RTDE*, 2005 41(2), p. 728.

¹⁴⁷Les frontières entre langues régionales doivent notamment être prises en compte, Emmanuel KANT et Jean GIBELIN, *Projet de paix perpétuelle: esquisse philosophique*, 1795, 3 éd, Collection Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, J. Vrin, 1975, 144. p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

d'éviter que les entités inférieures ne perdent leur liberté et en particulier que les états ne soient dépouillés de leur souveraineté. L'aspect descendant de la subsidiarité présente ainsi l'avantage de ménager les susceptibilités locales. Il permet de préserver la diversité des identités nationales.

96. Ce principe permet, en outre, de maintenir la diversité des cultures juridiques, grande richesse de l'Europe, et d'éviter que les niveaux inférieurs ne soient déresponsabilisés par l'intervention de l'Union Européenne. L'Union Européenne ne vise pas à la destruction de l'État nation mais à son dépassement. Elle n'entraîne pas la négation des identités nationales. L'intégration n'a pas vocation à faire de l'Union Européenne une structure semblable aux États membres ¹⁴⁸. La construction européenne permet de tenir compte des spécificités de l'histoire de chaque État nation.

La protection de la diversité semble indispensable au maintien du caractère démocratique d'un « gouvernement » à l'échelle européenne.

2. Le principe de subsidiarité, corollaire du principe de démocratie

97. Le principe de subsidiarité comme celui de démocratie reconnaît une place centrale à l'individu à l'intérieur de l'organisation sociale. Il assure la protection de l'État de droit par une séparation verticale des pouvoirs (a), par le rapprochement du citoyen et du pouvoir (b) et enfin par la réconciliation de l'opinion publique avec l'Union Européenne (c).

a. L'objectif de séparation des pouvoirs

98. La répartition verticale des compétences, aussi appelée séparation verticale des pouvoirs, permet de limiter l'abus de pouvoir par un niveau de gouvernement. Conformément à la théorie de Montesquieu, « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser » . Il précise dans *De l'Esprit des Lois*¹⁴⁹ que « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » .

¹⁴⁸Josee MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, pp. 193-201.

Cf. aussi Lettre conjointe de Jacques Chirac, Président de la République et Helmut Kohl, Chancelier d'Allemagne, adressée à Tony Blair, président en exercice du Conseil européen, sur les propositions française et allemande pour faire progresser l'Union Européenne, réformer les institutions avant l'élargissement et respecter le principe de subsidiarité, Paris, Bonn, le 9 juin 1998, en ligne: <http://lesdiscours.vie-publique.fr>, (consulté le 12 juin 2012)

¹⁴⁹Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Collection Classiques Garnier, Paris, Garnier frères, 1949, livre XI chap. IV.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Le renforcement des entités inférieures, portées comme toutes les sociétés organisées « à renforcer leurs centres » , entraîne une décentralisation du système juridique de l'Union Européenne et un équilibre entre les entités inférieures et supérieures. La décentralisation devient un support des libertés, en particulier en limitant l'intervention de l'entité centrale aux hypothèses où elle serait strictement nécessaire à limiter les inégalités entre les entités qui la composent. La destruction de « l'entité englobante » ou des entités englobées ne serait pas nécessairement favorable à la démocratie dans la mesure où elle romprait l'équilibre entre niveaux de pouvoir garantis par la subsidiarité.

b. La proximité entre le pouvoir et le citoyen

99. Le principe de subsidiarité doit, pour assurer une certaine proximité entre le pouvoir et le citoyen, être interprété à la lumière des autres principes du traité ¹⁵⁰. En effet, la signification et la finalité générale du principe de subsidiarité résident dans l'octroi d'un certain degré d'indépendance à une autorité subordonnée vis-à-vis d'une autorité de niveau supérieur, notamment d'une autorité locale envers le pouvoir central. Il devrait permettre aux institutions « d'agir moins pour agir mieux » et d'ainsi permettre, dans une perspective démocratique, une plus grande proximité avec le citoyen sans que l'équilibre institutionnel ne soit bouleversé, ni que le droit de l'Union Européenne ne soit remis en question¹⁵¹. Le principe de subsidiarité s'est vu concurrencé dans le discours des institutions par d'autres principes démocratiques. Pourtant, il contribue au bon fonctionnement de la démocratie européenne. Il permet d'assurer, selon l'expression de M Delebarre « une relation de qualité entre les acteurs politiques et les citoyens » ¹⁵². En outre, le principe de subsidiarité poursuit des objectifs tels que la protection des minorités¹⁵³.

100. Les rapports entre les différents niveaux de pouvoir doivent s'équilibrer au profit des collectivités les plus proches de l'individu¹⁵⁴ : États,

¹⁵⁰ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201

¹⁵¹ Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, Art. 1.

¹⁵² Conférence européenne sur la subsidiarité, Comité des Régions, 18 Avril 2006, COR/06/41 en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_COR-06-41_fr.htm?locale=FR (consulté le 14 novembre 2013)

¹⁵³ Alphonso MATTERA, « Le principe de subsidiarité au service d'une Communauté à la dimension des problèmes de notre temps » , *Revue marche unique*, 1992 n4, pp. 189-192.

¹⁵⁴ Feïlix de la FUENTE et Jacques DENIS, *Dictionnaire juridique de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 582. p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

régions, églises, familles, communes. Le respect de ce principe devrait permettre à la collectivité de représenter les besoins des citoyens.

Le principe de subsidiarité a également pour vocation de contrer toute dérive technocratique de l'Union. Ainsi vise-t-il à la défense des droits des justiciables et non de ceux de l'Union Européenne ou des Etats membres.

3. La relégitimation de l'Union Européenne

101. Bien comprise, la subsidiarité pourrait réconcilier les peuples des Etats membres avec l'Union Européenne. Confrontés à des difficultés économiques, ils éprouvent parfois le sentiment que l'Union Européenne n'est pas parvenue à instaurer la zone de prospérité promise et que les Etats, seuls, auraient résolu de façon plus efficace les problèmes rencontrés.

La subsidiarité, conformément à cet objectif démocratique, permet de rendre la construction européenne plus accessible et plus compréhensible pour les citoyens. « La subsidiarité, explique Michel Delebarre, le président de l'assemblée européenne d'élus territoriaux, peut redonner leur légitimité aux politiques européennes auprès de nos populations »¹⁵⁵. Ces propos rejoignent ceux du Président de la Commission Jacques Delors « la subsidiarité est bien une pédagogie de l'approche fédérale : il importe que le citoyen puisse globalement comprendre ce qui ressort de chacun des niveaux d'autorité, sans quoi la démocratie est affectée¹⁵⁶ ».

La subsidiarité, en préservant l'effectivité du droit de l'Union Européenne sans affecter les souverainetés étatiques, devrait renforcer la confiance mutuelle des Etats et peuples européens et ainsi garantir une paix durable en Europe.

C. Le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs

102. Dans tout système de type fédéral, la subsidiarité permet de maintenir un équilibre entre les niveaux de pouvoir. Ce principe possède un effet vertical indifférent¹⁵⁷. Il ne comporte pas de tendance au centralisme ou au non-

¹⁵⁵Conférence européenne sur la subsidiarité, Comité des Régions, 18 Avril 2006, COR/06/41 en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_COR-06-41_fr.htm?locale=FR (consulté le 14 novembre 2013)

¹⁵⁶Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013)

¹⁵⁷Georges VANDERSANDEN, *Considérations sur le principe de subsidiarité*, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Velu, Bruxelles, Bruylant, 1992. pp. 193-210.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

centralisme mais doit être interprété à la lumière des traités. Il ne doit pas défavoriser une Communauté.

Dans l'intérêt même de l'Union Européenne, le principe de subsidiarité ne peut être conçu comme un principe strictement descendant ou strictement ascendant. Comme l'affirmait le rapporteur Poniowski, rapporteur au sénat français, « vouloir réellement mettre en œuvre le principe de subsidiarité n'est pas s'en prendre à la construction européenne, mais au contraire travailler dans l'intérêt de celle-ci, qui loin de se renforcer s'affaiblit par un interventionnisme excessif » ¹⁵⁸.

103. La subsidiarité vise le maintien d'un équilibre entre les intérêts nationaux et ceux de l'Union Européenne, entre les forces en présence. La tendance opposée de chaque entité de l'ordre juridique est de vouloir renforcer son centre. Elle permet « le dosage entre le respect des attributions de chacun » ¹⁵⁹. Le principe de subsidiarité peut devenir tour à tour centrifuge et centripète car les compétences partagées sont soumises à des forces unificatrices et à des forces de résistance ¹⁶⁰. La nécessité d'un équilibre entre les compétences étatiques et celles de l'Union Européenne ressort dans les conclusions de l'avocat général Tesaro dans l'arrêt R Hunermund ¹⁶¹.

¹⁵⁸ Michel Poniowski au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes, rapport d'information n° 45, 12 novembre 1992, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1992/r92-45-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012), idée d'une « chambre de la subsidiarité » .

Christian de la Malène au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, Rapport d'information n46 sur l'application du principe de subsidiarité, 23 octobre 1996, en ligne <http://www.senat.fr/notice-rapport/1996/r96-46-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012)

« Les difficultés du contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité avaient déjà été notamment mises en lumière par les propositions tenant par exemple à la création d'une chambre de la subsidiarité voire même d'un « Sénat européen » . Outre qu'il est peut être un aveu d'échec du contrôle a posteriori par la Cour, il induit à l'évidence une « repolitisation » , et corrélativement, une « déjudiciarisation » du principe(15) » .

¹⁵⁹ <http://www.revue-cantate.fr>, consulté le 12 juin 2012.

¹⁶⁰ Jean-Claude CASANOVA, « Forces convergentes et divergentes du système juridique européen. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2000 438: pp. 325-327.

¹⁶¹ Marc LE SOLLEU, « Subsidiarité judiciaire et sanctions » , Liège, *REA LEA*, 1998 n1-2, pp. 108-112.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Peter Schmidhuber affirme dans son discours¹⁶² que « le principe de subsidiarité ne saurait être défini de manière purement négative. Il ne saurait être utilisé comme un mécanisme primitif de défense de prérogatives par un « niveau » (CEE, Etat membre, région etc.).

Il est un principe à contenu positif :

- pour une division de travail raisonnable entre les différents « niveaux »
- pour une administration efficace
- pour davantage de transparence lors des prises de décision » .

104. Le fédéralisme et la subsidiarité permettent d'assurer la cohabitation entre les hommes et de bons rapports entre les Communautés sans entraver l'autodétermination et l'auto-responsabilité des entités englobées.

Le principe de subsidiarité peut non seulement être interprété dans des sens différents mais son interprétation peut évoluer avec le temps.

§2. Le principe de subsidiarité : un principe dynamique

105. Le principe de subsidiarité ne peut être interprété de façon statique, c'est-à-dire sans référence à un élément extérieur au système juridique qui le contient. Cette référence à un élément extérieur, non figé, entraîne l'évolutivité de l'exercice du partage des compétences. Le principe de subsidiarité, en tant que principe de régulation des compétences, ne permet pas d'accorder définitivement des compétences à l'un ou l'autre des niveaux de gouvernement ; il permet d'organiser dans le temps la substitution d'une autorité à une autre, l'Union Européenne aux États, pour assurer un service en déterminant à quel moment cette substitution est opportune.

106. Il aurait été impossible, dans les débuts de la construction européenne, de déterminer avec précision dans les traités quel devrait être la répartition des pouvoirs. Un tel partage n'aurait pas été réaliste et aurait suscité des désaccords entre les gouvernements nationaux et les institutions européennes. Les compétences transférées à l'Union Européenne se sont donc, selon le principe d'attribution, limitées à des domaines bien précis, ce qui aurait pu restreindre la capacité d'action de l'Union Européenne. Ce n'est que plus tard qu'est apparue la nécessité d'un principe dynamique de régulation des compétences dans les traités, le principe de subsidiarité, utilisé de façon parfois excessive. Les auteurs des traités avaient prévu la nécessité de la subsidiarité

¹⁶² Discours de Peter Schmidhuber, Commission européenne, 10 septembre 1992, IP/92/702, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-92-702_fr.htm?locale=FR (consulté le 24 octobre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

avec des instruments tels que la directive, fixant une obligation de résultat aux États tout en leur laissant le choix quant à la façon de l'atteindre¹⁶³.

107. Le principe d'attribution comme le principe de subsidiarité permettent d'adapter le partage des compétences à l'évolution de l'Union Européenne; ce qui serait impossible si une liste des compétences étatiques et de l'Union Européenne était dressée¹⁶⁴. La Communauté fut créée par un traité qui prévoyait une structure institutionnelle limitée par son objet social, sa spécialité ; comme c'est le cas pour les organisations internationales¹⁶⁵. La Communauté possède dès ses origines des compétences matérielles, fonctionnelles et des compétences subsidiaires¹⁶⁶. Elle est originale en ce qu'elle détient à la fois une compétence internationale et une compétence interne vis-à-vis des citoyens. Contrairement à une constitution fédérale, le traité de Rome ne définit pas de système de répartition des compétences. Le droit de l'Union Européenne a commencé par s'attacher à définir avec précision des politiques comme l'union douanière, la politique agricole commune ou la politique du charbon et de l'acier¹⁶⁷ mais n'a pas établi de listes de compétences. Le système est un système dynamique et évolutif de mise en œuvre de compétences

¹⁶³Traité instituant la Communauté Européenne, 24 décembre 2002, *Journal officiel* n°C 325, art.249

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C326 du 9 mai 2008, art. 288 TFUE

¹⁶⁴ Selon la méthode proposée par certains pays, l'Allemagne, la Grande-Bretagne, la France.

Ingolf Pernice et Vladimir CONTANTINESCO, *La question des compétences communautaires: vue d'Allemagne et de France*, Berlin et Strasbourg, Walter Hallstein-Institut, Paper 6/02, en ligne: <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0602.pdf>, (consulté le 23 novembre 2013)

¹⁶⁵ Martina Kurcz, « La répartition des compétences au sein de l'Union Européenne » ,*Revue du droit de l'Union Européenne*, 2005n3 575.

¹⁶⁶ Compétences matérielles: explicitement mentionnées dans les traités

Compétences fonctionnelles: compétences nécessaires pour atteindre un objectif de l'Union Européenne

Compétences subsidiaires: développées sur la base de l'article 235 du Traité instituant la Communauté Européenne, *Journal officiel* n°C 325 du 24 décembre 2002 (désormais art.268 TUE)

Martina KURCZ, « La répartition des compétences au sein de l'Union Européenne » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2005, n3 575

¹⁶⁷Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Paris, 18 avril 1951, en ligne: http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_FR_0001.pdf (consulté le 27 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

fonctionnelles, d'où la nécessité d'un principe applicable aux compétences définies de façon imprécise par le traité.

108. Le Conseil européen d'Édimbourg rappelle le caractère dynamique de la subsidiarité, permettant la motivation ainsi qu'une révision de certaines propositions législatives en vigueur.¹⁶⁸ La capacité des différents niveaux de gouvernement à atteindre les objectifs du traité évolue au cours du temps. Le principe de subsidiarité régule la dialectique entre centralisation et décentralisation et lui donne tout son sens. Dans les limites définies par les normes constitutionnelles de répartition des compétences, la subsidiarité justifie une variation des niveaux de compétences en fonction des missions que doit poursuivre un ordre juridique.

109. Si les États membres échouent à remplir une mission ou l'accomplissent de façon insuffisante, l'Union Européenne pourra intervenir pour les aider à surmonter leurs difficultés. Dans le respect du principe de subsidiarité, l'Union Européenne devra aider les États à réhabiliter leur pouvoir d'action. Cependant, si à long terme leurs pouvoirs ne sont pas rétablis, une nouvelle compétence d'attribution sera envisagée.

Le principe de subsidiarité peut justifier le développement des compétences de l'Union Européenne mais devrait aussi permettre, en théorie, leur restriction, voire leur abandon lorsqu'il n'est plus justifié de mener une action au niveau de l'Union Européenne. « La subsidiarité est un concept dynamique¹⁶⁹ qui doit être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le traité. Elle permet d'élargir l'action de l'Union Européenne, dans les limites de ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent et inversement de la restreindre ou de les interrompre lorsqu'elle n'est pas justifiée »¹⁷⁰.

Une fois établie l'utilité d'un principe évolutif, il s'agit de définir les critères de mise en œuvre de ce principe.

¹⁶⁸Conseil européen d'Edimbourg- Conclusions de la présidence, Edimbourg, 11-12 décembre 1992, en ligne: http://www.european-council.europa.eu/media/854355/1992_d_cembre_-_edimbourg__fr_.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

¹⁶⁹Discours de Peter SCHMIDHUBER, Commission européenne, 10 septembre 1992, IP/92/702, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-92-702_fr.htm?locale=FR (consulté le 24 octobre 2013)

¹⁷⁰La Conférence intergouvernementale de 1996 a débouché sur le Conseil européen d'Amsterdam du 16 juin 1997: le protocole a failli se solder par un échec.

^{1^{er}} 2 juin 1995: rencontre à Messine pour préparer la conférence intergouvernementale de 1996, le rapport de ce groupe fut présenté lors du conseil européen de Madrid le 15 et 16 décembre 1995

Charles ZORGBIBE, *Histoire de la construction européenne*. Paris, PUF, 1993, 376. p.

Sous-section 2. Les mécanismes de subsidiarité en droit canadien

110. Après avoir montré que l'organisation des pouvoirs au Canada, comme État fédéral, relève d'une logique de subsidiarité (§1), nous étudierons les théories de partage de compétences les plus révélatrices de cette logique (§2).

§1. La logique fédérale canadienne : une logique de subsidiarité

111. La Cour suprême rappelle que, conformément à la Constitution et à la volonté des Pères de la Confédération, l'unité et la diversité sont deux ingrédients essentiels qu'il faut réconcilier ; cette approche rejoint l'esprit du principe de subsidiarité¹⁷¹.

Aux deux aspects du principe de subsidiarité, correspondent deux idéaux du fédéralisme canadien¹⁷², de nature différente et reposant chacun sur des fondements propres. Le choix entre les deux semble davantage relever d'une intuition que d'une démonstration rationnelle. Selon une première conception du fédéralisme, l'intérêt national dépasserait les intérêts provinciaux. En outre, cette conception du fédéralisme permettrait une meilleure défense des intérêts locaux car le gouvernement central serait le mieux à même de représenter et préserver la diversité du peuple canadien.

L'intérêt national bénéficierait, à plus ou moins long terme, à tous¹⁷³. Dans l'arrêt *Hodge c. la Reine*¹⁷⁴, le Conseil privé reconnaît l'égalité du fédéral et des provinces dans l'exercice de leur compétence respective, ce qui n'empêche pas la reconnaissance d'un pouvoir prépondérant en cas de conflit opérationnel entre une norme provinciale et une norme fédérale¹⁷⁵.

¹⁷¹Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, §43

¹⁷²Andrée LAJOIE, Ivan BERNIER, *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1986, pp. 156-157

¹⁷³Par exemple, pour l'exploitation des ressources naturelles par le Canada.

¹⁷⁴*Hodge c. La Reine*, (1883), 9 A.C. 117

¹⁷⁵Richard SIMEON, *Intergovernmental Relations and the Challenges to Canadian Federalism*, 1980 23 Administration publique du Canada, pp. 14- 27.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

112. Plutôt que de prononcer comme un dogme la suprématie d'un modèle sur l'autre, le fédéralisme devrait être interprété dans l'intérêt de la population qui peut être tour à tour, suivant les domaines et suivant les circonstances, l'uniformité, lorsque des lois disparates risquent de compromettre l'atteinte efficace des objectifs, ou la diversité, lorsque les besoins des Provinces peuvent être satisfaits différemment.¹⁷⁶

La protection de l'entité centralisée n'est pas une fin en soi¹⁷⁷, elle assure à terme la protection d'entités plus restreintes. En effet, là où ces entités vivent concentrées, elles peuvent exercer le pouvoir politique. Par ailleurs, la subsidiarité permet un double niveau de protection des droits individuels¹⁷⁸. On considère dans certains domaines que l'action du gouvernement fédéral est plus efficace dans la mesure où il ne rencontre pas les limites liées à une division verticale des pouvoirs.

113. Le plus souvent, les comportements des citoyens des diverses provinces ne se distinguent pas suffisamment pour justifier des différences de traitement. D'autant plus que leurs besoins et demandes tendent à converger¹⁷⁹. Dans certaines matières telles que les valeurs mobilières ou

¹⁷⁶Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, McGill University. Faculté de droit et Forum des fédérations, *Le fédéralisme dans tous ses états: gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism: governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais ; Bruxelles, 2005. §37

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS (avec Lidija R. BASTA FLEINER) Dans « *Handbook of Constitutional Law* », Oxford, Routledge, 2013, pp.143-158 .

¹⁷⁷Richard SIMEON, « Criteria for Choice in Federal Systems. » *Queen's Law Journal* 8 (1982): 131.

¹⁷⁸Jose WOEHLING, « Convergence et divergence entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des Etats Unis et du Canada » ,Montréal, *McGill Law Journal*, 2000, pp. 21-68.

¹⁷⁹ « La diversité culturelle est une valeur essentielle de la civilisation contemporaine » . Selon l'Unesco, « la culture englobe, outre les arts et les lettres, les façons de vivre ensemble, les systèmes de valeur, les traditions et les croyances » ; cependant, l'Unesco ajoute ceci « La diversité culturelle implique par ailleurs le respect des libertés fondamentales, dont la liberté de pensée, de conscience, de religion, la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de prendre part à la vie culturelle de son choix, entre autres³⁵ » . Sur ce dernier plan, l'ensemble des Canadiens a beaucoup en commun. Les Québécois n'ont d'ailleurs pas hésité à invoquer la Charte canadienne tout autant que la Charte québécoise. De plus, à notre époque les besoins économiques ou socio-économiques des individus et des collectivités se ressemblent de plus en plus, qu'il s'agisse de protection contre les armes à feu, de lutte contre le tabagisme, de protection contre les monopoles, de protection des investisseurs en valeurs mobilières dans une économie concurrentielle, de protection du consommateur

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'environnement, le respect des diversités culturelles ou identitaires semble difficilement justifier l'adoption de législations distinctes dans les différentes provinces. En effet, l'environnement ou les valeurs mobilières n'ont pas de lien direct avec la culture, contrairement à d'autres matières¹⁸⁰. Dans ces matières des différences de législations pourraient se fonder sur des différences de marchés. Un fédéralisme de dialogue, tel que promu par la Cour suprême, pourrait être favorisé¹⁸¹ par une collaboration interprovinciale.

Sur le plan culturel, la diversité au Canada ne semble pas menacée. Sur d'autres plans, elle ne représente pas une fin en elle-même. La décentralisation se présente dès lors davantage comme un moyen d'assurer une plus grande efficacité du droit par « la proximité entre l'autorité régulatrice et les personnes et les entreprises assujetties à la réglementation »¹⁸².

§2. Les mécanismes de subsidiarité en droit canadien

114. Une fois exposées les théories du partage des compétences relevant d'une logique de subsidiarité (A), nous rechercherons si ces dernières s'appliquent, conformément à un esprit de subsidiarité, de façon évolutive (B).

A. Les théories du partage des compétences relevant d'une logique de subsidiarité

115. Le principe de subsidiarité a été explicitement mentionné dans la jurisprudence récente¹⁸³ et n'a été théorisé que tardivement¹⁸⁴. L'affirmation

dans un marché aux caractéristiques presque identiques d'une province à l'autre.» In Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, McGill University. Faculté de droit et Forum des fédérations, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie* = *The states and moods of federalism : governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais ; Bruxelles, 2005.

¹⁸⁰Tel que par exemple l'éducation.

¹⁸¹Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland, [2005] 1 R.C.S. 292, §38

¹⁸²Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, McGill University. Faculté de droit et Forum des fédérations, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie* = *The states and moods of federalism : governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais ; Bruxelles, 2005, §37

¹⁸³En particulier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] CSC 61. Juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein Para. 183 et 273 *Canada*

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

explicite du principe de subsidiarité peut être perçue comme s'inscrivant dans une dynamique de réaménagement de la séparation des pouvoirs.

On retrouve ses mécanismes dans la clause paix, ordre et bon gouvernement (1) et dans la clause de commerce qui peuvent aussi être interprétées comme une de ses applications(2). Si celles-ci ne bénéficient apparemment qu'au pouvoir fédéral, elles requièrent une intervention positive de l'interprète pour évaluer la nécessité d'une action de l'entité centralisée. Le choix de l'interprète de les utiliser ou non s'inscrit dans une logique de subsidiarité.

1. La clause Paix, ordre et bon gouvernement

116. Selon le « préambule de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867, le fédéral détient la compétence de légiférer pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement au Canada. Les pouvoirs généraux du gouvernement fédéral pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement sont constitués de la compétence résiduelle du fédéral, de la théorie des dimensions nationales(a), aussi appelée théorie de l'intérêt national, et du pouvoir d'urgence(b).

La théorie de l'intérêt national n'est pas, en principe, une théorie nécessitant des circonstances exceptionnelles. Elle est applicable lorsqu'une matière relevant de la compétence de la province atteint des dimensions telles qu'elle peut affecter l'organisme même de l'État fédéral, ce qui peut rendre valide l'intervention du fédéral, dans des domaines comme la protection de l'environnement si le problème que l'on cherche à régler possède une certaine unicité et transcende les compétences provinciales.

a. La théorie de l'intérêt national

117. Selon la théorie de l'intérêt national, le gouvernement fédéral a pleine compétence pour légiférer dans des matières qui présentent un intérêt pour l'ensemble de la fédération; les lois fédérales pouvant primer sur des interventions provinciales valides en cas de conflit¹⁸⁵.

Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40 (28 juin 2001) jurisprudence mentionnée en introduction

¹⁸⁴Dwight NEWMAN, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », 74 *Saskatchewan Law Review* 2011, pp. 21 – 31.

¹⁸⁵ Cf. conférences préparatoires à la *loi constitutionnelle de 1867*: les résolutions de Québec de 1864, en ligne: <http://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-7104-f.html> (consulté le 23 octobre 2013) et les conférences de Londres de 1866, en ligne: <http://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-2085-f.html> (consulté le 23 octobre 2013) John Mc Donald, *Discours sur les grandes questions affectant les intérêts de la confédération*, prononcé à Kingston, Archives

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Ce principe remonte à l'arrêt des *prohibitions locales*¹⁸⁶ et à l'arrêt *Russell*¹⁸⁷ dans lesquels la Cour se fonde sur une interprétation fonctionnelle du partage des compétences. La compétence législative doit être à la mesure du problème à résoudre¹⁸⁸.

Alors que cette théorie visait d'abord les matières qui ne relèvent pas clairement des Provinces, une mince majorité a estimé dans l'arrêt *Crown Zellerbach Canada Ltd*¹⁸⁹ que des matières d'intérêt purement local peuvent devenir d'intérêt national en cas d'incapacité perçue des provinces à régir efficacement un sujet précis, identifiable et distinguable de leurs compétences. Dès lors le Parlement peut intervenir¹⁹⁰.

b. La théorie de l'urgence

La théorie de l'urgence permet, dans des conditions exceptionnelles et pour aussi longtemps que cela est nécessaire, de mettre entre parenthèses la répartition des compétences habituelles, caractéristique du fédéralisme canadien.

Contrairement à la théorie des dimensions nationales, le pouvoir d'urgence ne permet pas la catégorisation d'une matière nouvelle de compétence fédérale. La jurisprudence *Fort Frances*¹⁹¹ définit cette théorie. La sphère fédérale intervient alors dans des domaines de compétence provinciale afin de résorber une crise ou d'en éviter une. Ce pouvoir est implicitement présent dans la constitution. La guerre, une épidémie, une famine¹⁹², une insurrection ou une invasion¹⁹³ sont,

publiques du Canada, Fonds Mac Donald, 1861, vol 158, p. 234 voir les débats de 1865 à l'Assemblée du Canada dans William F. O'Connor, *Rapport présenté en conformité d'une résolution du Sénat au sujet de la mise en vigueur de l'AANB de 1867, de l'incompatibilité entre ses positions et leur interprétation judiciaire*, Ottawa, Imprimeur de la reine, 1939, annexe 2, p. 142.

¹⁸⁶Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion, [1896] A.C. 348

¹⁸⁷*Russell c. La Reine*, [1882] 7 App.Cas.829, 837. 20.

¹⁸⁸Par exemple, dans *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, la Cour considère que la création d'une capitale nationale est d'intérêt national.

¹⁸⁹*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §23

¹⁹⁰Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel*, « Le local et le provincial », Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 22, n 6014, 22/27

¹⁹¹*Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Company*, [1923] A.C. 695 (PC)

¹⁹²Voir l'opinion du Conseil privé dans *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925], 1 AC 191 198

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

entre autres, considérées comme des situations d'urgence. Le Parlement peut en particulier intervenir si les événements sont susceptibles d'avoir une portée extra territoriale¹⁹⁴ ou de menacer la stabilité des institutions. Cette théorie permet la délégation de pouvoirs de grande ampleur pouvant même comprendre des matières de droit civil.

118. L'urgence peut être désormais reconnue en temps de paix, dans une « situation créée par des conditions économiques exceptionnelles »¹⁹⁵. Cette interprétation de l'urgence ne détonne pas avec l'esprit de la loi de 1867 lorsqu'elle s'applique dans un contexte où une crise économique pourrait avoir des conséquences aussi désastreuses qu'une guerre ou une catastrophe naturelle¹⁹⁶.

L'article 92(16) de la Loi constitutionnelle de 1867 permet à la province de légiférer en cas d'urgence locale, si les événements le nécessitent. Le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* définit les circonstances exceptionnelles¹⁹⁷. Les pouvoirs du Parlement dans ces circonstances sont transitoires.

c. Le pouvoir résiduaire du fédéral

119. Le paragraphe introductif octroie un pouvoir général au Parlement fédéral. Les compétences n'étant pas dévolues aux provinces par l'article 92 de la loi constitutionnelle de 1867¹⁹⁸, appartiennent au pouvoir fédéral. La clause introductive et le paragraphe final semblent conférer une « suprématie » au fédéral bien que la jurisprudence ait considérablement nuancé cet ascendant¹⁹⁹. La Constitution a énoncé des catégories relevant de la compétence fédérale, même si cela ne semble guère utile – la technique de rédaction législative propre

note 11, 412 in fine.

¹⁹³Fort Frances Pulp and Power Co. Ltd. v. Manitoba Free Press Co. Ltd., [1923] A.C. 695 (PC)

note 17, 706.

¹⁹⁴Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, [1984] 1 R.C.S. 86

¹⁹⁵Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

¹⁹⁶Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373. P. 459 « la compétence législative du Parlement en vertu de la doctrine d'urgence nationale ne se confine pas à des situations inhérentes à la guerre ou aux périodes de transition entre la guerre à la paix ; la situation d'urgence envisagée par la doctrine peut survenir en temps de paix. » Le juge Beetz lui-même, dissident, reconnaît la possibilité d'une application de la théorie de l'urgence en temps de paix.

¹⁹⁷Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

¹⁹⁸Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92.

¹⁹⁹Hodge, [1883] 9 AC 7 PC

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

à la tradition de common law l'explique en partie. Ainsi, les matières énoncées à l'article 91 sont-elles présumées ne pas être de compétence provinciale.

Le Parlement fédéral peut intervenir dans des matières nouvelles, non prévues par la Loi constitutionnelle de 1867, telle que l'aéronautique²⁰⁰. La théorie des pouvoirs résiduels peut également servir de fondement complémentaire aux compétences de l'article 91²⁰¹.

120. Ce pouvoir n'est pas souvent mis en œuvre²⁰². Il est atténué par un « mini pouvoir résiduel » du provincial²⁰³. Il n'est souvent invoqué que de façon accessoire pour compléter le rattachement d'une compétence au pouvoir fédéral ou au pouvoir provincial.

La compétence générale fédérale sur les échanges et le commerce peut être perçue comme une particularisation de la théorie des dimensions nationales.²⁰⁴

2. La clause fédérale de commerce

121. Si la clause de commerce s'apparente à l'aspect ascendant du principe de subsidiarité (a), le Conseil privé, puis la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*²⁰⁵ semblent avoir veillé au respect des compétences provinciales (b).

a. Le caractère apparemment ascendant de la clause de commerce

122. L'histoire a permis de dégager une théorie destinée à préserver l'efficacité de l'économie canadienne dans son ensemble.

²⁰⁰L'inflation, la pollution, les relations de travail, l'assurance, la croissance économique seraient par exemple des domaines fédéraux.

Johannesson v. Municipality of West St. Paul, [1952] 1 S.C.R. 292. L'aéronautique est une matière de dimension nationale

²⁰¹Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 91.

²⁰²François CHEVRETTE, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, 1728. p.

²⁰³Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92.

²⁰⁴JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel, « Le local et le provincial », Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 22, n 6014, 22/27

²⁰⁵Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] CSC 66.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

L'intégration économique constitue dans tout Etat fédéral une question essentielle²⁰⁶. La Loi constitutionnelle de 1867 met en place un marché commun et non une union économique²⁰⁷.

La Loi constitutionnelle de 1867 attribue tout de même au Parlement fédéral des compétences spécifiques en matière économique.²⁰⁸ Les compétences exclusivement attribuées aux législatures provinciales par les textes sont restreintes²⁰⁹. Utilisant de façon modérée ses compétences dans le champ commercial, le Parlement central a utilisé son pouvoir déclaratoire pour intervenir dans certains secteurs de l'activité économique, ce qui fut validé par la Cour suprême en se référant aux articles 91(2) et 121 de la Loi constitutionnelle de 1867²¹⁰. La Cour suprême souhaitait ainsi réaliser la volonté des Pères de la Confédération, qui entendaient construire une économie forte et un vaste marché commun. Ils ont, pour cela, confié au fédéral un pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Georges-Etienne Cartier, défenseur de l'identité culturelle du Bas Canada, énonçait que « les affaires du commerce sont du ressort du Gouvernement général »²¹¹. La prospérité économique constitua l'un des motifs de la formation de la fédération du Canada, du Nouveau Brunswick et de la Nouvelle-Ecosse. En 1865, un traité de libre-échange avec les Etats Unis menaçant d'expirer sous peu, la fédération semblait le seul remède.

²⁰⁶Marie-Laure GELY sous la direction de Dominique ROUSSEAU et de Yvan BERNIER, *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, Université de Montpellier, 1998, 1238. p.

²⁰⁷Une association économique peut être une association de libre échange, où les commerces entre les Etats membres sont supprimés, les biens et les services circulant librement; une union douanière, ajoutant à l'association de libre échange, l'application d'un tarif douanier commun dans les différents états ou un marché commun, ajoutant à l'union douanière la libre circulation des personnes et des capitaux. Enfin, une union monétaire souderait davantage les économies des Etats membres. Cette dernière assure la stabilité des prix et facilite le commerce avec l'étranger.

²⁰⁸Ex: compétence sur la dette et la propriété publique, prélèvement de deniers par tout mode ou système de taxation, emprunt de denier sur crédit public
Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92.

²⁰⁹Ex taxation directe dans les limites de la province en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux
Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 92.

²¹⁰*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 91.

Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd., [1963] 2 All E.R. 658

²¹¹John BOYD, *Sir George Étienne Cartier, baronnet, sa vie et son temps: histoire politique du Canada de 1814 à 1873*, Montréal, Librairie Beauchemin, 1918.485. p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Les questions économiques préoccupaient donc particulièrement les Pères de la Confédération²¹².

123. L'article 121 abolit les barrières douanières et l'article 91(2) conféra au Parlement fédéral la compétence exclusive « sur la réglementation des échanges et du commerce ». La Cour se référa à la jurisprudence américaine pour interpréter ces compétences, comme le fit le juge Fournier dans l'arrêt *Servern c. La Reine*²¹³, pour affirmer que la compétence pour réglementer les échanges et le commerce appartient exclusivement au Parlement. Par la suite, la disposition prévoyant la clause de commerce reçut une interprétation plutôt étroite alors que son équivalent américain, plus restrictif, recevait une interprétation beaucoup plus large qui allait radicalement changer la dynamique des relations entre pouvoir central et pouvoir fédéré aux États-Unis.

124. En 1957, la compétence fédérale en matière de commerce fut interprétée plus largement dans l'arrêt *The Farm Products Marketing Act de l'Ontario*²¹⁴.

En 1980, dans l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Limitée c. Le procureur général du Canada*²¹⁵, la Cour établit qu'il ne suffit pas qu'un système réglementaire soit de grande envergure pour que le critère de généralité soit satisfait. Si une loi s'applique à « une grande partie de l'économie canadienne », comme c'était le cas de la loi sur les aliments et les drogues, elle pourra échapper à la compétence fédérale si elle n'établit qu'un cadre visant à « soumettre une industrie ou (...) une entreprise à la fois » à un « éventail de règlements ou de codes commerciaux applicables à chaque secteur en particulier »²¹⁶. Le juge Laskin, dissident, affirmait que « la normalisation des produits est une question de réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le dominion » en particulier parce que cela égalise les avantages concurrents des producteurs. Le juge entendait ainsi ne pas réduire les pouvoirs du Parlement en matière d'échange et de commerce.

²¹²Marie-Laure GELY sous la direction de Dominique ROUSSEAU et de Yvan BERNIER, *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, [S. I.], [s. n.], 1998, p. 203s.

²¹³*Servern c. La Reine*, 1870 2 RCS 70, p. 120.

²¹⁴*The Farm Products Marketing Act de l'Ontario*, [1957] R.C.S. 198

La Cour emploie des expressions utilisées dans la jurisprudence américaine, « entre dans le courant du commerce interprovincial », « the flow of international trade », , juge Kerwin p. 205.

²¹⁵*Les brasseries Labatt du Canada Limitée c. Le procureur général du Canada*, [1980] 1 RCS 914

²¹⁶*Les brasseries Labatt du Canada Limitée c. Le procureur général du Canada*, [1980] 1 RCS 914, 944

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

125. La diversité peut demeurer dans tous les domaines de la politique publique, qu'il s'agisse de régulation économique, sociale ou culturelle²¹⁷. Certains considèrent que l'autonomie provinciale englobe toutes ces réalités et que la diversité est la véritable raison d'être du fédéralisme et doit être privilégiée. Un tel accent sur la diversité occulte toutefois l'un des objectifs du fédéralisme fondé sur l'idée que se fédérer, c'est s'unir, se réunir, c'est constituer une unité nouvelle.

126. La décision *General Motors of Canada* ²¹⁸ nuance la distinction classique selon laquelle les provinces seraient compétentes en matière de commerce intra-provincial et l'État fédéral en matière d'échange et de commerce extra-provincial.

Dans le *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*, la Cour devait, dans le cadre d'un avis consultatif, déterminer si la *Loi sur les valeurs mobilières* proposée relevait de la compétence législative du Parlement du Canada. L'objet de la loi, selon son préambule, était de créer un organisme canadien unique de réglementation des valeurs mobilières. De manière plus générale, l'art. 9 énonçait qu'elle avait pour objet « de protéger les investisseurs, de favoriser l'existence de marchés des capitaux équitables, efficaces et compétitifs et de contribuer à l'intégrité et à la stabilité du système financier canadien. » Il est à noter que la Loi proposée n'imposait « pas unilatéralement un régime unifié, mais donnait aux provinces et aux territoires le libre choix de participer au régime, dans l'espoir de créer, dans les faits, un régime de réglementation national des valeurs mobilières. » Alors que le Canada et l'Ontario reconnaissaient la compétence fédérale pour adopter cette loi; l'Alberta, le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick estimaient que l'adoption de cette loi constituerait une atteinte aux compétences des provinces en matière de propriété et de droits civils prévues au §92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et créerait une brèche dans le pouvoir législatif provincial quant à des sujets de nature purement locale ou privée (par. 92(16)), à savoir la réglementation des contrats, de la propriété et des professions²¹⁹.

127. Cette évolution bénéficie au pouvoir fédéral. Le juge en chef Dickson, au nom d'une Cour unanime, confirme le pouvoir du Parlement de légiférer pour les échanges et le commerce en général. Reprenant le critère de *Parsons*²²⁰, il confirme que le Parlement ne peut légiférer sur un commerce ou une industrie

²¹⁷Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien Gélinas (éd.), *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Montreal/Bruxelles, YvonBlais/Bruylant, 2005, pp. 395-444.

²¹⁸*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

²¹⁹*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837

²²⁰*Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 658

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

en particulier, tout en l'élargissant. En effet, le Conseil privé ne reconnaissait au Parlement de compétence que pour légiférer en matière de commerce international et interprovincial²²¹. Dès lors, le Parlement peut légiférer, dans une ou plusieurs provinces, relativement au commerce dans le cadre de « systèmes généraux de réglementation », dont un organisme assure la surveillance, et qui serait inefficace si une ou des provinces devaient en être exclues. L'expression « système général de réglementation » s'oppose à la réglementation d'industries, de contrats et de commerces particuliers.

128. Les deux premiers indices mentionnés s'inspirent de la décision *Vapor Canada*, leur absence ayant été déterminante dans cette affaire. Le fait que la loi soumette une activité à la « surveillance constante d'un organisme de réglementation permettrait de déterminer l'existence d'un système de réglementation.

Le fait que la loi permette la réglementation du commerce dans son ensemble²²², et le critère de l'incapacité provinciale permettent de vérifier si « la matière réglementée revêt véritablement une importance et une portée nationale²²³. » Ce n'est pas tant l'envergure d'un système de réglementation qui importe que sa généralité.

129. Le juge Laskin déclare dans *le Renvoi sur la Loi anti-inflation*²²⁴ que la Constitution doit répondre aux besoins du Canada et s'adapter à un monde en évolution. Le critère d'efficacité satisfait à cette nécessité. La globalisation des marchés soulève la question de la capacité du Canada à faire face à la concurrence internationale.²²⁵ La conclusion de *l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis* n'est pas sans influence sur le partage des compétences au niveau interne. L'intégration interne du Canada et son intégration externe contribuent en ce sens, mais dans une certaine mesure seulement, à une

²²¹JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel, « Fédéralisme: questions particulières », Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 22, n 6014, 22/28 IV.

²²²*Brasserie Labatt du Canada Ltée*.Canada (PG), [1847] RCS 914 944, p. 943.

²²³Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] CSC 66.

La Cour considère que le lien n'est pas établi entre la réglementation courante des professions des valeurs mobilières, secteur particulier effectivement visé par la loi et le développement économique et le maintien de la stabilité financière du pays, objectif affiché de la loi.

²²⁴*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2RCS 373, p. 412.

²²⁵Francois-Robert BERNIER, *La réforme constitutionnelle : le partage des pouvoirs*, Bibliothèque du Parlement, [Service de recherche], 1981, 30. p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

évolution de l'interprétation de l'article 91 (2) de la Loi constitutionnelle de 1867 à la lumière du critère d'efficacité²²⁶.

130. Dans cette visée d'améliorer l'efficacité de l'économie, le rapport de Gérald A Baudoin et Dorothy Dobbie²²⁷ préconisait l'insertion d'une disposition établissant que le Canada est une Union économique et que les gouvernements ne peuvent restreindre ou interdire la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux de façon à nuire au bon fonctionnement de l'Union économique ou à constituer une mesure discriminatoire, les monopoles provinciaux, les subventions d'application générale et les régimes fiscaux d'encouragement à la formation du capital constituant des exceptions. On peut considérer que la libre circulation des capitaux découle déjà « de l'autorité exclusive du Parlement fédéral sur la monnaie et les banques »²²⁸ tel que prévu aux paragraphes 91(15) et 91(16) de la Loi constitutionnelle de 1867²²⁹.

b. La préservation des compétences provinciales en matière de commerce

131. Le commerce interprovincial ou international est celui où l'opération commerciale s'effectue au-delà d'une frontière provinciale ou internationale²³⁰.

Le Conseil Privé a très tôt restreint la portée de la clause de commerce en précisant que les compétences fédérales ne portent pas sur le commerce en particulier ni sur le commerce d'une nature purement locale. Ainsi, le Conseil Privé, dans *Citizens Assurance c. Parsons*²³¹, tente-t-il de concilier les articles 91

²²⁶Martha JACKMAN, « Le « nouveau partage des pouvoirs » : l'efficacité ou équité? », *Ottawa Law Review*, 1991 23 pp. 424- 425.

²²⁷Un Canada renouvelé, rapport du comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur les renouvellements du Canada-rapport Baudouin Dobbie, 1992, 203. p.

²²⁸Yvan BERNIER, Nicolas ROY, Charles PENTLAND, Daniel SOBERMAN, *Le concept de l'Union économique en droit international et constitutionnel*, Mark Krasnick, Kenneth Norrie et Richard Siméon (coord), Points de vue sur l'union économique, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1986, p. 70.

²²⁹L'article 91(2) prévoit que le gouvernement fédéral a en particulier compétence sur les banques et l'incorporation des banques (par15), les lettres de changes (par 18), l'intérêt de l'argent (par 19), les offres légales (par20) et la faillite et l'insolvabilité (par21). *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 91.

²³⁰*Burns food Ltd c. Manitoba (P.G.)*, [1975], 1RCS 494

²³¹*Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 658

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867²³². Selon le processus de la « modification mutuelle » ; les domaines de compétence des deux ordres de juridictions sont limités afin de laisser à l'autre pallier le pouvoir d'intervenir dans une certaine mesure²³³. Les compétences ont été réparties de façon à ce que celles du gouvernement fédéral ne se développent pas constamment au détriment des compétences provinciales. Les deux pouvoirs doivent se compléter dans le domaine commercial²³⁴. Sir Montague Smith se réfère notamment à l'intention des Pères de la Confédération pour établir qu'il ne faut pas interpréter de façon littérale l'expression « échanges et commerce », les provinces devant détenir la compétence en matière de commerce intraprovincial²³⁵. Le Comité judiciaire du conseil privé pose dans cet arrêt le principe selon lequel la compétence de légiférer sur les entreprises locales revient légitimement aux provinces en vertu des paragraphes 92(13) et (16) de la Loi constitutionnelle de 1867. Ce faisant, il limite la compétence fédérale au commerce international et interprovincial. Le Conseil privé avance néanmoins « en obiter » l'hypothèse selon laquelle le Parlement pourrait disposer d'une compétence générale dans tout le pays²³⁶.

²³²Marie-Laure GELY sous la direction de Dominique ROUSSEAU et de Yvan BERNIER, *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, [S. I.], [s. n.], 1998.

²³³John D. WHITE, *Les dimensions constitutionnelles des mesures d'expansion économique*, Mark KRASNICK et Richard SIMEON, *Le partage des pouvoirs et la politique d'Etat*, commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, ministère des approvisionnement et services Canada, Ottawa, 1986, p. 41.

²³⁴Ivan BERNIER, Nicolas ROY, Daniel SOBERMAN et Charles PENTLAND, « Le concept d'union économique en droit international et constitutionnel » dans Points de vue sur l'union économique canadienne, Vol. 60 des recherches préparées pour la Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1986.

v. égal. Pinion du juge Pigeon dans renvoi relatif à la loi sur l'organisation du marché agricole (1978) 2 R.C.S. 1198, (autorise province à compléter la réglementation fédérale relative au commerce extra pro p. 1296), la Cour annule une disposition de la loi sur la mise en marché des produits agricoles qui prélèverait des droits sur les opérations de commerce local.

²³⁵Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd., [1963] 2 All E.R. 658, p. 110.

Confirmé par arrêt Hodgec.Canada (Ministre du Développement des ressources humaines), [2004] 3 R.C.S. 357, 2004 CSC 65, A.-G. Ontario c. A.-G. Canada (Affaire des prohibitions), (1896) A.C. 348, Renvoi relatif au sujet de la loi sur la Commission de commerce, Shannon c.Lower Mainland DairyProductsBoard, [1938] A.C. 708

²³⁶Citizen Insurance Compagny of Canada c. Parsons, [1881] 7 A.C.96, 113(C.P.).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

132. En 1925, le même Conseil privé alla jusqu'à affirmer que cette compétence n'avait d'effet réel que lorsqu'elle visait à compléter ce que « le gouvernement général est spécifiquement autorisé à accomplir indépendamment de la réglementation générale des échanges et du commerce »²³⁷.

A partir de 1931, le Conseil privé interpréta de façon libérale la compétence fédérale en matière de droit criminel (91(27)), permettant ainsi au Parlement de légiférer à l'égard des « crimes économiques »²³⁸. La compétence fédérale en matière criminelle vint à plusieurs reprises « sauver » la constitutionnalité de lois fédérales que la clause fédérale de commerce n'aurait pu seule justifier²³⁹.

Le Conseil n'en affirme pas moins qu'il est possible que la compétence fédérale englobe « la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le dominion »²⁴⁰. Cette position a été remise à jour par la Cour suprême en 1977 dans la décision *MacDonald. Vapor Canada Ltd*²⁴¹.

133. Si la Cour suprême a dans l'ensemble suivi la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé, elle a interprété de façon plus large la clause de commerce au profit du fédéral. Une dynamique équivalente, mais de plus grande ampleur, a pu être observée aux États-Unis²⁴².

La Cour suprême a précisé la notion de « commerce en général » dans les arrêts *Transports nationaux du Canada*²⁴³ et *GMC*²⁴⁴. Dans la jurisprudence *Kirkbi*²⁴⁵, la Cour suprême écrit que : « la catégorie « des échanges et du commerce en général » oblige à évaluer l'importance relative d'une activité pour l'économie nationale et à se demander si une activité doit être réglementée par le

JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel, « Fédéralisme: questions particulières », Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 22, n 6014, 22/28 IV.

²³⁷Toronto Electric Commissioners c. Snider, [1925] 1 AC 191 198

²³⁸Proprietary Articles Trade Association c. AG Canada, [1931] AC 310

²³⁹Renvoi sur la margarine, [1949] R.C.S. 1.

²⁴⁰Marie-Laure GELY, Université Montpellier I, (UFR Droit et Canada) Université Laval (Québec), *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, [S. l.], [s. n.], 1998, p. 113.

²⁴¹*MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 RCS 134, p.60 le juge Laskin est prêt à « considérer sous leur aspect le plus général.

²⁴²*Gibbons c. Ogden*, 1924, 22US A

²⁴³*Transports Nationaux du Canada Ltée c. Cour provinciale de l'Alberta*, [1986] 2 R.C.S. 711.

²⁴⁴*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

²⁴⁵*Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65. § 16 et 17

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Parlement plutôt que par les provinces » ; cinq critères permettent de déterminer si une activité doit être réglementée par le Parlement ou par les provinces.

134. Dans le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières²⁴⁶ la Cour suprême a dû évaluer la validité d'une proposition de loi fédérale visant à réglementer le commerce des valeurs mobilières en se fondant sur la compétence fédérale en matière de « réglementation générale du commerce » .

La Cour a reconnu une compétence fédérale de principe pour contrôler les aspects du commerce des valeurs mobilières qui transcendent les enjeux provinciaux, comme par exemple la régulation du risque financier systémique²⁴⁷. Elle a cependant considéré que la proposition de loi examinée excédait la compétence fédérale dans la mesure où elle dépassait ces seuls objectifs. La proposition de loi visait, en effet, à réglementer tous les aspects du commerce sur les valeurs mobilières alors même que de nombreux aspects de ce commerce, tels que la protection du public et la compétence professionnelle, revêtent plutôt un caractère provincial.

Une fois établi selon quels paramètres sont évaluées les applications de la clause Paix, ordre et bon gouvernement et de la clause de commerce, il s'agit de préciser dans quels termes les pouvoirs généraux du Parlement fédéral peuvent évoluer au Cours du temps.

B. L'évolutivité du partage des compétences assurée par la doctrine Paix, Ordre et Bon Gouvernement et par la clause de commerce

135. Alors que la théorie de l'urgence s'applique sans aucun doute de façon temporaire (1), la reconnaissance des dimensions nationales d'un problème paraît être définitive (2). Pour évaluer dans quelle mesure les jurisprudences de la Cour de justice et de la Cour suprême sont comparables, il s'agit de rechercher si la théorie de l'intérêt national présente, comme celle de l'urgence, le dynamisme caractéristique de la subsidiarité.

²⁴⁶Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] CSC 66.

²⁴⁷Le fédéral peut ainsi intervenir lorsque les provinces sont dépourvues de la capacité constitutionnelle pour atteindre certains objectifs nationaux, comme la prévention de risques systémiques. Un régime fédéral portant sur ces systèmes pourrait se fonder sur la compétence du Parlement en matière de réglementation générale du commerce.

JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 17/17, 6014

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

La clause de commerce semble évoluer dans un sens favorable au fédéral quoique, comme le montre le *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*²⁴⁸, cette affirmation doit être considérablement nuancée (3). La liste des sujets appartenant au pouvoir général fédéral n'est jamais close²⁴⁹. Elle peut être développée de façon graduelle même si le pouvoir général du Parlement fédéral doit être invoqué avec prudence afin de préserver l'équilibre entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux.

1. Le caractère évolutif de la théorie de l'urgence

136. L'application de la théorie de l'urgence est un exemple frappant de la nécessité d'une évolutivité dans l'interprétation du partage des compétences.

La théorie de l'urgence se rapproche du principe de subsidiarité en ce qu'elle est d'application limitée dans le temps. C'est un principe dynamique dont la justification doit sans cesse être réexaminée au regard du contexte nouveau. La nécessité d'une action commune des Etats membres par l'intermédiaire de l'Union Européenne peut en principe disparaître au cours d'évolutions politiques ou sociales. Les compétences reviennent alors aux Etats membres²⁵⁰. L'urgence, par son caractère temporaire, est préférable à la théorie des dimensions nationales²⁵¹.

L'ensemble des compétences fédérales pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement ne possède pas le même dynamisme. La théorie de l'intérêt national, contrairement à celle de l'urgence, n'est pas temporaire.

2. La découverte de compétences fédérales par la théorie de l'intérêt national

137. La théorie de l'intérêt national est, quant à elle, évolutive dans le sens où elle permet la découverte de compétences fédérales. Cependant, ce dynamisme n'est pas ambivalent. Il n'a jamais permis la restitution de domaines de dimension nationale aux provinces et il reste peu probable qu'il le puisse un jour. En effet, nous verrons que la dimension du problème semble justifier la

²⁴⁸Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837.

²⁴⁹William Ralph LEDERMAN. « Unity and diversity in canadian federalism: ideals and methods of moderation » , *Revue du barreau canadien* 1989 n53 pp. 597-620.

²⁵⁰Stéphane LECLERC, *L'essentiel du droit des institutions de l'Union Européenne*, Collection « Les carrés droit, science politique » , Paris, Gualino, 3^e éd., 2012-13, 158. p.

²⁵¹*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

compétence fédérale, davantage que la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement.

Dans la mesure où elle permet une attribution définitive de compétence au pouvoir fédéral, la théorie de l'intérêt national est parfois considérée comme un accroc sérieux au fédéralisme, en particulier par les plus autonomistes²⁵². Une expropriation permanente des pouvoirs provinciaux, en permettant à certains sujets d'échapper à l'article 92, pourrait aboutir à terme à l'union législative et ne devrait, par conséquent, pas exister sans un amendement constitutionnel. Le fédéral, depuis que la Cour suprême a limité son application de cette théorie dans l'arrêt *Crown Zellerbach*²⁵³, se montre réticent à en plaider l'application. Dans *Hydro Québec*, la Cour émettra des réticences à appliquer la jurisprudence *Crown Zellerbach* en raison des limites de ses compétences²⁵⁴.

3. Le caractère évolutif de la clause de commerce

138. La clause de commerce est née de la reconnaissance par la Cour d'une pratique gouvernementale évolutive. La dépression des années 30 et la montée en puissance du keynésianisme ont favorisé la centralisation économique du fédéralisme canadien. Le gouvernement fédéral a augmenté son activité économique et lancé des programmes sociaux. L'entre-deux guerres s'est également caractérisé par une centralisation accrue. Peu à peu, les activités provinciales se sont également multipliées, en particulier dans le domaine des affaires sociales et de l'éducation mais aussi sur le plan économique. Centralisation et décentralisation se sont donc, tour à tour, succédées²⁵⁵. Le sénateur Lamontagne considère ainsi que « notre fédéralisme a toujours été l'un des plus flexibles du monde ». Depuis 1867, nous avons connu quatre régimes différents à l'intérieur d'une constitution demeurée sensiblement la même. Nous

²⁵²Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2 ed. Cowansville Editions Yvon Blais, 1990, 1548. p.

²⁵³R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

²⁵⁴R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 RCS 213, §60

²⁵⁵Jacques-Yvan MORIN, *Les constitutions du Canada et du Québec: du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994.

-1957: Mise en place d'un système de péréquation

-1962: Fin des locations des champs fiscaux provinciaux, le fédéral proposait d'assurer la perception des impôts provinciaux sans frais, à condition que la base provinciale et fédérale soit la même, refus Québec / Ontario et Alberta ne l'acceptent que pour les revenus des particuliers

-1962: Modification de la formule de péréquation, norme abaissée à la moyenne nationale et non plus à celle des deux provinces les plus riches: l'Alberta et la Colombie-Britannique cessent donc d'en profiter

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

avons eu d'abord « un système très centralisé » au sein duquel le gouvernement fédéral exerçait toutes les principales responsabilités de l'État, les provinces étant reléguées au rang de grandes municipalités. Après le premier conflit mondial, les provinces assumèrent un rôle dominant au sein de la fédération. Avec la seconde guerre mondiale, l'hégémonie fédérale réapparut, mais depuis 1957, surtout quand le paiement de péréquation fut inauguré, les provinces ont commencé à jouer un rôle central au sein de la fédération²⁵⁶. L'évolution des dépenses directes en biens, en services et en formation brute de capital confirme cette idée.

L'évolution de la clause de commerce est, comme le montre le *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*, contrôlée par la Cour. Le Parlement doit montrer qu'une évolution factuelle rend nécessaire une intervention fédérale²⁵⁷, cette dernière ne pouvant être évaluée par une simple référence à l'efficacité comparée des niveaux de gouvernement comme le rappelle Le *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*²⁵⁸.

²⁵⁶Maurice LAMONTAGNE, « Fédéralisme ou association d'États indépendants » , *Études internationales*, 1977, Vol.8,numéro2, 1977,p. 219.

²⁵⁷Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §115

²⁵⁸Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §90

SECTION 2. LES CRITERES D'APPLICATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

139. En droit de l'Union Européenne, les critères d'application du principe de subsidiarité ont été précisés par les traités et protocole (*Sous-section 1*). En droit canadien, la jurisprudence a précisé selon quels critères les théories apparentées à la subsidiarité devaient être interprétées (*sous-section 2*).

Sous-section 1. Les critères d'application du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne

140. Le contrôle du principe de subsidiarité comporte un contrôle de la nécessité. Ainsi, « l'appréciation à effectuer au regard du principe de subsidiarité ne porte pas sur l'objectif poursuivi, mais sur la nécessité d'une action de l'Union Européenne pour atteindre cet objectif. Certains objectifs de l'Union Européenne (qui justifient en soi l'existence d'une compétence de l'Union Européenne) peuvent être mieux réalisés par les États membres (avec la conséquence que l'exercice de cette compétence ne se justifie pas) ». Le principe de subsidiarité implique donc que « la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne puisse être raisonnablement envisagée » ²⁵⁹.

141. L'application du principe de subsidiarité comporte deux volets, définis à l'article 5§3TUE, Les institutions doivent d'abord démontrer le bien-fondé d'une intervention de l'Union Européenne dans un domaine de compétences partagées (§1 test d'efficacité comparative). Si le résultat est positif, elles recherchent quelle doit être l'intensité d'une intervention de l'Union Européenne ainsi que les instruments qui pourront être utilisés, ce qui renvoie au principe de proportionnalité (§2 test de la valeur ajoutée). La Cour opère un contrôle conjoint de ces deux critères (§3).

§1. Le test d'efficacité comparative

142. Après avoir rappelé le contenu du test d'efficacité comparative (§1), nous montrerons comment la seconde étape du test sera déterminée par ce dernier (§2).

A. Le contenu du test d'efficacité comparative

²⁵⁹Concl. av. gén. Póras Maduro du 1^{er} oct. 2009 sur *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, point 30.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

143. Grâce au « test de l'efficacité comparative », on évalue au cas par cas les moyens à la disposition des États et de l'Union Européenne pour atteindre un objectif juridique ou financier: code de conduite, instructions administratives, texte législatif²⁶⁰. Il s'agit d'évaluer les moyens à la disposition de chaque niveau de pouvoir pour atteindre un objectif. Les moyens des États pour réaliser un objectif de l'Union Européenne doivent être comparés à ceux de l'Union Européenne. L'Union agit pour les tâches qui peuvent être entreprises en commun de manière plus efficace que par les États membres œuvrant séparément.

144. L'Union Européenne est compétente pour toute action qui, en raison de sa nature ou de ses effets, peut être mieux réalisée par elle.²⁶¹ Non seulement faut-il que l'Union Européenne soit plus efficace que les États membres mais encore faut-il qu'elle le soit en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée ; ce qui limite encore l'étendue de ses compétences dans les domaines de compétences partagées. La subsidiarité permet à l'Union Européenne d'intervenir lorsque la question a des aspects transnationaux qui ne peuvent être réglés de façon suffisante par une action des États membres, une action nationale serait contraire aux exigences du traité ou léserait les intérêts des États membres ».²⁶² Outre la dimension transfrontalière de l'action, peuvent être pris en compte des critères tels que les moyens financiers qu'elle nécessite.²⁶³ La meilleure action de l'Union Européenne justifiant la pratique du principe de subsidiarité doit être étayée par des indicateurs quantitatifs ou qualitatifs. Les États membres conservent les compétences qu'ils sont capables de gérer plus efficacement eux-mêmes.

B. Le lien entre les deux étapes du test

145. Selon l'aspect négatif du principe de subsidiarité, l'Union Européenne intervient si les États membres ne peuvent agir efficacement ; l'Union Européenne est donc compétente si le test d'efficacité comparative montre l'insuffisance de l'action étatique. Il s'agit de vérifier au préalable l'efficacité potentielle d'une action de l'Union Européenne. Si l'insuffisance de l'action

²⁶⁰ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201, p. 105

²⁶¹ C'est « en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée que la Communauté est réputée plus efficace pour agir ».

²⁶² Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201, p. 105.

²⁶³ http://www.juripole.fr/Juripole_etudiant/html_renard/De_l'Union_Européenne3.html, consulté le 12/06/12

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

étatique et l'efficacité de l'action de l'Union Européenne sont assurées, la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne est établie. Dès lors, il n'est plus utile de procéder au test de la valeur ajoutée pour démontrer la nécessité de l'action de l'Union Européenne.

146. Selon l'aspect positif de la subsidiarité, l'Union Européenne ne doit intervenir que si elle est plus efficace que les États. L'efficacité de l'action de l'Union Européenne n'implique pas la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne puisque cette dernière peut être efficace sans être nécessaire si l'action étatique est aussi satisfaisante. Le test de l'efficacité comparative, s'il montre l'efficacité de l'action étatique et de l'action de l'Union Européenne, doit donc être complété par celui de la valeur ajoutée.

§2. Le test de la valeur ajoutée

147. Ce test consiste en une évaluation de l'efficacité de l'action de l'Union Européenne, on évalue l'effet d'échelle de l'action (taille du problème transfrontalier, masse critique), le coût résultant d'une inaction, la nécessité de maintenir une cohérence raisonnable, les limites éventuelles de l'action nationale (notamment les risques de distorsions lorsque certains États membres sont en mesure d'agir et d'autres non), la nécessité d'éviter que le jeu de la concurrence soit faussé à l'intérieur du marché commun.

L'Union Européenne ne peut agir si son action est efficace, mais ne l'est pas davantage que celle des États membres agissant ensemble ou séparément. Il ne suffit pas que le critère d'efficacité soit rempli pour que l'action de l'Union Européenne respecte le principe de subsidiarité, encore faut-il que son action soit nécessaire.

§3. Le contrôle conjoint de ces deux critères par la Cour

148. La Cour associe les deux étapes du test. Ayant constaté la plus-value de l'action de l'Union Européenne, elle assume une insuffisance du niveau national. Contrairement à ce que prévoit le texte du traité, prévoyant le caractère cumulatif de ces critères, elle fusionne les critères de valeur ajoutée et d'insuffisance nationale, amoindrissant ainsi la portée du test prévu à l'article 52⁶⁴.

149. La Cour a tendance à reconnaître la nécessité de l'action de l'Union Européenne dès lors qu'elle serait indispensable à assurer l'uniformité du droit de l'Union. Cette dernière ne constitue pourtant pas un objectif en elle-même.

²⁶⁴CJCE 12 juill. 2005, *Natural Health et Nutri-Link*, C-154/04 et C-155/04, Rec. I-6451, points 104-107. *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, points 76 à 78.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Les modalités d'application du principe de subsidiarité semblent fluctuer au gré des espèces. Il évolue sans raison évidente, tantôt assimilé au principe de proportionnalité, tantôt conçu comme un contrôle de la preuve. Il est parfois même utilisé comme un principe de répartition des compétences. Une clarification de son objet devrait permettre d'en améliorer la justiciabilité²⁶⁵.

Sous-section 2. Les critères de la „subsidiarité canadienne“

150. La jurisprudence a dégagé les critères d'application de la théorie de l'intérêt national (§1), de l'urgence (§2) et de la clause de commerce (§3).

§1. Les critères de la théorie de l'intérêt national

151. Après avoir expliqué les critères les plus récents de la théorie des dimensions nationales (A), nous reviendrons sur sa construction par le Conseil privé (B).

A. Les critères actuels de la théorie de l'intérêt national

152. Les sujets doivent être distincts de la théorie de l'urgence, ils peuvent s'appliquer à des catégories qui n'existaient pas à l'époque de la Fédération comme à des sujets à l'origine de compétences provinciales.

La Cour suprême a précisé en 1988 les critères des matières d'intérêt national dans l'arrêt *Crown Zellerbach*²⁶⁶ sur lequel nous reviendrons par la suite. Ce faisant, elle apaisa une partie de la doctrine, qui craignait qu'appliquée sans aucune limite, cette théorie ne conduise à l'union législative.

153. La Cour considère que pour être d'intérêt national une matière « doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectués par la Constitution »²⁶⁷. En effet, si un sujet peut être divisé,

²⁶⁵Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 704. p.

²⁶⁶R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401

²⁶⁷R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

les différents niveaux de gouvernement agiront de concert.²⁶⁸ En revanche, dans un domaine indivisible, la question pourra se poser du déclenchement de la théorie de l'intérêt national. Il semble difficile de déterminer si un domaine possède une unité telle qu'on puisse le considérer comme un tout et l'attribuer en bloc au pouvoir fédéral ou aux provinces. Si cette unicité apparaît facile à étayer dans certains domaines, les débats relatifs à l'application de ce critère montrent qu'il n'en est pas toujours ainsi.

154. La Cour complète les critères d'unicité, de particularité et d'indivisibilité par celui de l'incapacité provinciale : « il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects provinciaux de cette matière²⁶⁹ ». Cette conception du fédéralisme est pragmatique.²⁷⁰ Le critère de la capacité à agir, déterminant dans le déclenchement de la théorie de l'intérêt national, est commun au principe de subsidiarité. L'interprétation de la capacité à agir comme un impératif d'efficacité traduit souvent une conception uniformisante du fédéralisme²⁷¹.

155. Le problème posé par le second critère avait déjà été évoqué dans l'affaire *Russell*²⁷². La définition d'une matière nouvelle reste nébuleuse. Il ne

²⁶⁸William Ralph LEDERMAN. « Unity and diversity in canadian federalism: ideals and methods of moderation », (1989) 53 *Revue du barreau canadien*, pp. 597-620.

Le fait que ces sujets puissent être subdivisés ne signifie pas qu'ils ne soient pas importants mais qu'ils ne doivent pas constituer des vecteurs dans le partage des compétences. Ces sujets pourraient être traités de façon efficace sans pour autant être attribués au même niveau de gouvernement.

²⁶⁹Crown Zellerbach Canada Ltd, [1988] 1 RCS 401, p. 432.

Selon Dale Gibson, *Measuring « national dimensions »* (1976) 7 Man L J, p. 34 35, ce critère est le fondement principal de l'intervention fédérale en matière de POBG

De même Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3^eed Toronto, Carswell, 1992 p. 448, l'élément déterminant qui justifie le déclenchement de la théorie de l'intérêt national est le besoin, dans un champ donné, d'une loi nationale qui ne peut être réellement satisfaite au moyen de la coopération des provinces puisque l'inaction comporte des conséquences préjudiciables pour les résidents des autres provinces.

²⁷⁰« C'est presque demander aux juges de décider en fonction des avantages découlant de l'uniformité législative » André TREMBLAY, *Droit Constitutionnel : principes*, Montréal, édition Thémis, 1993, p. 244.

Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », dans Jean-François Gaudreault-Desbiens et Fabien Gélinas (éd.), *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Montreal/Bruxelles, YvonBlais/Bruylant, 2005, pp. 395-444.

²⁷²Russell c. la Reine, [1882], 7 AC 829

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

suffit pas que plusieurs provinces soient concernées pour que la théorie de l'intérêt national soit mise en œuvre.

La théorie de l'intérêt national, contrairement à celle de l'urgence nationale, s'applique en tout temps. Le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* remet en cause cette théorie selon laquelle certains sujets revêtent une importance telle qu'ils nécessitent une intervention du fédéral empiétant sur le champ des compétences fédérales. En l'espèce, une preuve extrinsèque peut servir à prouver qu'une mesure est d'intérêt national; elle ne peut servir à établir son urgence²⁷³. Les preuves extrinsèques visent à démontrer que l'intervention Parlementaire s'appuyait sur un fondement rationnel. La Cour peut se montrer plus exigeante que ce fondement rationnel, comme le montre le *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*²⁷⁴.

Le Conseil privé puis la Cour suprême ont d'abord tenté d'encadrer la théorie des dimensions nationales par des critères stricts. Cependant, la Cour suprême a réactivé cette théorie vers la fin des années 80.

B. Le développement jurisprudentiel de la théorie des dimensions nationales

156. La Cour suprême avait posé en 1976 les premiers critères des matières d'intérêt national²⁷⁵ dans le *Renvoi sur la Loi anti inflation*²⁷⁶.

Dans l'arrêt *Russell c. la Reine*²⁷⁷, de 1882, le Conseil privé pose les fondements de la théorie des dimensions nationales. Il reconnaît la validité de l'*Acte de tempérance* du Canada qui interdit la vente et la consommation d'alcool dans certaines provinces. Se référant à l'article 91, Sir Montague Smith invoque la nécessité d'un traitement général et uniforme pour tout le Canada de la prohibition de l'alcool. Par conséquent, seul le Parlement fédéral peut intervenir dans ce but.

157. Le Conseil privé délimitera le champ d'application de la *théorie des dimensions nationales* dans l'*Affaire des prohibitions locales* en 1896. Cette théorie ne doit être appliquée qu'aux sujets dont l'envergure nationale ne fait aucun doute. Il s'agit d'apprécier avec prudence l'empiètement sur la législation provinciale. La théorie des dimensions nationales ne sera d'ailleurs invoquée à nouveau qu'en 1946 dans *Procureur général de l'Ontario c. Canada Temperance*

²⁷³*Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 423.

²⁷⁴*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, §83

²⁷⁵Peter W.HOGG, *Constitutional law of Canada*, 2006 student éd., Scarborough, Ont., Thomson Carswell, 2006, pp. 466, 467.

²⁷⁶*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

²⁷⁷*Russel c. la Reine*, [1882] 7 AC 829

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Federation où le Conseil privé la distingue de la théorie de l'urgence. Cet arrêt présente la théorie des dimensions nationales comme n'excluant pas une compétence concurrente provinciale. La Cour suprême du Canada, aussitôt émancipée, l'utilisera à plusieurs reprises. Dans *Johannesson c. Rural Municipality of West St Paul*²⁷⁸, en 1952, la Cour se réfèrera à la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement pour reconnaître la compétence fédérale exclusive sur l'aéronautique, sujet qui affecte le corps politique du Canada. Dans cette affaire, sur laquelle nous reviendrons, la Cour devait décider si Loi sur les municipalités²⁷⁹ relevait de la compétence provinciale en matière de zonage. Se référant à la Convention de Chicago, elle considère que l'aéronautique dépasse les intérêts locaux: "If, therefore, the subject of aeronautics goes beyond local or provincial concern because it has attained such dimensions as to affect the body politic of Canada, it falls under the « Peace, Order and Good Government » clause of s. 91 of the B.N.A. Act since aeronautics is not a subject-matter confined to the provinces by s. 92.» Dans *Munro c. Commission de la capitale nationale*, en 1966, elle reconnaît la compétence fédérale pour procéder à une expropriation autour de la ville d'Ottawa afin de créer une région de la capitale nationale, ce qui dépasserait « manifestement les intérêts locaux²⁸⁰. »

158. Dans le *Renvoi sur la Loi anti inflation*²⁸¹, la Cour suprême apaise les premières inquiétudes relatives à une extension démesurée de la théorie de l'intérêt national *précisant les conditions* de son application. En effet, la clause « Paix, Ordre et Bon Gouvernement » ne permettrait au fédéral d'intervenir dans le cadre de la théorie des dimensions nationales que dans la mesure où ces *matières sont circonscrites et ne peuvent être rattachées* aux matières dévolues aux provinces. Or l'inflation n'est pas une matière nouvelle mais un sujet pouvant être rattaché aux matières décrites aux articles 91 et 92 de la constitution²⁸².

Le juge Duff, dans le *Renvoi sur la constitution de compagnies*²⁸³, avait déjà précisé que la théorie de l'intérêt national ne peut porter sur une matière qui, si elle était réglementée par une seule province, tomberait dans la liste des pouvoirs provinciaux énumérés aux paragraphes 1 à 15 de l'article 92 de la Loi constitutionnelle de 1867.

159. Cependant, le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*²⁸⁴ n'a été appuyé que par cinq juges ; le juge en chef Laskin, se contentant d'affirmer que la théorie de

²⁷⁸Johannesson v. Municipality of West St. Paul, [1952] 1 S.C.R. 292.

²⁷⁹La Loi sur les municipalités, RSM 1940, c.141 est ultra vires.

²⁸⁰Munro v. National Capital Commission, [1966] R.C.S. 663

²⁸¹Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373

²⁸²Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 91 à 95.

²⁸³Renvoi sur la constitution de compagnies, [1913] 48 R.C.S. 331

²⁸⁴Renvoi sur la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'urgence suffisait à trancher, n'a pas explicitement écarté la théorie des dimensions nationales. Il précise néanmoins que le désir d'assurer l'uniformité ne suffit pas à justifier l'intervention fédérale quoique l'uniformité soit un facteur déterminant de législation fédérale²⁸⁵. Le juge Beetz y affirmera que le fédéral, lorsqu'il intervient en matière de Paix, d'Ordre et de Bon Gouvernement, le fait à titre exclusif ; ce qui semble contredire la position du Conseil privé dans *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*²⁸⁶.

160. Par ailleurs, le coup d'arrêt porté par la Cour suprême à la théorie de l'intérêt national ne fut que momentané dans la mesure où elle l'utilisa en 1988 pour reconnaître la constitutionnalité de la Loi sur l'immersion de déchets en mer. Quatre juges sur sept reconnurent la validité de cette loi car le Parlement fédéral semblait seul à pouvoir lutter contre la pollution marine, devenu un sujet d'intérêt national. La Cour élargit les critères d'appréciation de l'intérêt national. Le juge Le Dain, selon une approche « matérielle », considère au nom de la majorité qu'une matière de compétence provinciale peut acquérir un intérêt national et devenir une compétence fédérale.²⁸⁷ Le juge Le Dain précise que le critère « d'incapacité provinciale » fournit une bonne indication pour déterminer si le critère « d'unicité, de particularité et d'invisibilité » est satisfait : « pour décider si une matière atteint le degré requis d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provincial, il est utile d'examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l'omission d'une province à s'occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intra provinciaux de la matière. » Cette conception s'oppose à celle du juge La Forest, minoritaire, qui promeut au contraire une approche « conceptuelle » de la théorie de l'intérêt national.

§2. Les critères de la théorie de l'urgence

161. La Loi constitutionnelle de 1867 ne prévoit pas de compétences fédérales pour intervenir en cas d'urgence. Le fondement juridique de ce pouvoir a néanmoins sa source dans la constitution²⁸⁸. En 1922, la Conseil privé a, sans la nommer, posé les fondements de la théorie de l'urgence dans le *Renvoi relatif à*

²⁸⁵*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 400.

²⁸⁶*Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193

²⁸⁷*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §2

« la théorie de l'intérêt national s'applique autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national, sans qu'il y ait situation d'urgence nationale » .

²⁸⁸*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 91.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

la loi de la commission de commerce²⁸⁹. Une loi postérieure au rétablissement de la paix y est déclarée invalide, d'une part parce qu'elle n'a pas été édictée dans le but de réagir à une situation d'urgence et, d'autre part, parce qu'elle n'est pas restreinte dans le temps.

162. La sécurité de l'État doit être menacée. La Loi sur les mesures d'urgence de 1985²⁹⁰ définit la crise nationale : une crise nationale, d'une part, met en danger la vie, la santé ou la sécurité des Canadiens et échappe à la capacité ou au pouvoir d'intervention des provinces et, d'autre part, menace gravement la capacité du gouvernement du Canada de garantir la souveraineté, la sécurité et l'intégrité nationale du pays.

163. Les pouvoirs du Parlement peuvent se prolonger, si nécessaire, au-delà des circonstances exceptionnelles. L'urgence constitue une interruption temporaire du principe fédéraliste. Elle permet au fédéral d'intervenir dans des circonstances exceptionnelles et transitoires dans des domaines de compétences provinciales afin de réagir à une crise ou d'en éviter une. Un conflit armé ou une crise économique peuvent constituer des mesures d'urgence.

164. Ce pouvoir d'urgence peut, en particulier, être appliqué en temps de paix si le bien-être de la population canadienne est en danger. L'urgence peut être simplement appréhendée en temps de paix²⁹¹ comme la loi sur les mesures d'urgence²⁹² en atteste. Le Parlement n'est pas obligé d'affirmer explicitement que sa loi est fondée sur un pouvoir d'urgence. La jurisprudence est divisée entre deux conceptions, celle de *Fort Frances* et celle de *Temperance Federation*. Le Conseil privé valide l'ancienne Loi sur les mesures de guerre dans l'arrêt *Fort Frances*²⁹³. Il y définit l'urgence comme une situation de guerre, d'invasion, d'insurrection réelle ou appréhendée. Le Parlement doit alors intervenir. Le Conseil privé affirme qu'il appartient au gouvernement fédéral de déterminer la fin de l'urgence, échéance qu'il devra clairement définir²⁹⁴. En 1950, la Cour suprême validera la *Loi sur les mesures de guerres*²⁹⁵ ; elle affirmera ne pouvoir invalider les règlements fédéraux alors que l'arrêt de la situation d'urgence n'est pas prouvé.

²⁸⁹Renvoi relatif à la loi de la commission de commerce et à la loi des coalitions et des prix raisonnables, [1922] 1 AC 191

²⁹⁰Loi sur les mesures d'urgence, L.R.C. (1985), c.E

²⁹¹Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373

²⁹²Loi sur les mesures d'urgence, L.R.C. (1985), c.E

²⁹³*Fort France Pulp and Power co c. Manitoba Free Press Co.*, [1923] AC 695, note 270, p. 704.

²⁹⁴*Fort France Pulp and Power co c. Manitoba Free Press Co.*, [1923] AC 695 note 270, p. 706.

²⁹⁵Loi sur les mesures de guerre, LRC 1985 c W2

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Dans *Temperance Federation*²⁹⁶, la Cour ne se réfère pas à la mention de l'urgence dans la norme contestée. Il revient à l'interprète de voir si la loi est essentielle pour le pays et si les intérêts en jeu transcendent ceux des provinces et si l'action concertée des gouvernements aurait suffi à réagir face à la crise.

L'arrêt *Japanese Canadians*²⁹⁷ renoue avec la théorie de l'état d'urgence implicite de *Fort Frances* et de *Régie des loyers*²⁹⁸. La jurisprudence *Fort Frances*²⁹⁹ a précisé que l'urgence n'est pas toujours limitée à la durée d'un conflit l'ayant déclenchée. Elle a également établi que les tribunaux ne peuvent mettre fin à l'état d'urgence que s'ils ont une contre-preuve³⁰⁰.

Le *Renvoi sur la Loi anti inflation*³⁰¹ indique que la jurisprudence *Fort France* doit être retenue de préférence à la jurisprudence *Temperance Federation*³⁰². Ce n'est donc pas l'existence de l'urgence qui importe mais la nature (« pith and substance ») de la loi pour déterminer si la loi est valide ou non. Il s'agit pour le juge non d'évaluer s'il y a bien urgence mais si le Parlement fédéral est intervenu avec la volonté de réagir à un besoin urgent. L'urgence est présumée, il revient à la personne qui la conteste de prouver qu'elle n'existait pas³⁰³. Difficile à établir, cette preuve peut se fonder sur l'irrationalité de la situation d'urgence, sur la malhonnêteté du fédéral qui aurait détourné un pouvoir. La sagesse et l'opportunité de la démarche ne sont pas évaluées. L'urgence doit en outre être temporaire. De façon très limitée, le tribunal peut exercer une révision de la mesure prise dans l'urgence. Le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*³⁰⁴ a autorisé l'utilisation de preuves extrinsèques pour établir la situation d'urgence et a précisé que l'urgence pouvait être réelle ou appréhendée. Selon l'article 17 de la

²⁹⁶*Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193

Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Co., [1923] A.C. 695 (PC)

²⁹⁷*Cooperative Committee on Japanese Canadians c AG Canada*, [1947] A.C. 87, [1947] A.C. 87.

²⁹⁸*Cooperative Committee on Japanese Canadians c AG Canada*, [1947] A.C. 87

²⁹⁹*Fort France Pulp and Paper Co c. Manitoba Free Press Co.*, [1923] AC 695

³⁰⁰*Cooperative Committee on Japanese Canadians c AG Canada*, [1947] A.C. 87

³⁰¹*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 404, « Je ne connais aucun cas où une loi du Dominion qui n'était pas susceptible d'être rattachée à une des catégories de sujets énumérés à l'art. 91 et qui, en raison de son caractère, devrait, du point de vue provincial, être considérée comme une loi visant « la propriété et les droits civils », a été déclarée de la compétence du Dominion en vertu de la clause introductive ».

³⁰²*Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193

³⁰³*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837

³⁰⁴*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Loi sur les mesures d'urgence, une déclaration du gouverneur en conseil proclamant qu'un état d'urgence existe constitue une preuve de l'urgence.

165. La Cour suprême va développer le champ d'application de l'urgence. Le Conseil privé n'a pas appliqué la théorie de l'urgence nationale en dehors des périodes de guerre ou d'après-guerre.³⁰⁵

La Cour suprême rompra avec cette jurisprudence dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*³⁰⁶, en reconnaissant la constitutionnalité d'une loi ayant pour objet de limiter les marges bénéficiaires, les prix, les dividendes et les rémunérations du Canada afin de réduire et d'endiguer l'inflation. Cette loi empiétait sur les compétences provinciales, notamment en matière de droit privé. Le gouvernement fédéral invoque à son soutien la théorie de l'intérêt national ; l'endiguement et la réduction de l'inflation est une question qui transcende les intérêts locaux, privés ou provinciaux et met en jeu « l'intérêt national sous un aspect vital » . La majorité des juges de la Cour suprême, sept sur neuf, appliqua cependant la théorie de l'urgence. Même le juge Beetz, dissident en l'espèce, reconnaît qu'il serait prêt à mettre en œuvre la théorie de l'urgence en temps de paix : « la compétence législative du Parlement en vertu de la doctrine d'urgence nationale ne se confine pas à des situations inhérentes à la guerre ou aux périodes de transition entre la guerre et la paix : la situation d'urgence envisagée par la doctrine peut survenir en temps de paix. »³⁰⁷ Le juge Beetz spécifie qu'il faut l'utiliser avec parcimonie, précisant que les pouvoirs conférés au Parlement fédéral dans l'urgence sont prépondérants sur ceux des provinces et que la Constitution se trouve modifiée pendant la durée de l'urgence. Il affirme que « ce pouvoir donné au Parlement, pour faire face à la situation d'urgence, constitue une compétence concurrente et prépondérante sur des matières qui normalement relèvent exclusivement des provinces³⁰⁸. » Sur ce point, l'exercice de ce pouvoir équivaut à une modification temporaire pro tanto de la Constitution fédérale par l'action unilatérale du Parlement. Les pouvoirs

³⁰⁵Toronto Electric Commissioners c. Snider, [1925] AC 396

En l'espèce, il n'y a pas de situation d'urgence « mettant dans un péril inattendu la vie du Canada » .

³⁰⁶*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 459 le juge Grandpré s'associe à la déclaration du juge Ritchie, p. 436, Marland et Pigeon s'associent à la déclaration du juge Laskin.

³⁰⁷*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 459.

³⁰⁸Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, [1950] R.C.S. 124., p. 463.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

transférés peuvent être très vastes, y compris en matière de droit civil, et peuvent conduire à la mise entre parenthèses de libertés fondamentales³⁰⁹.

§3. Les critères de la clause fédérale de commerce

166. Dans l'arrêt *MacDonald v. Vapor Canada Ltd*³¹⁰, la Cour reconnaît pour la première fois une compétence générale fédérale en matière de commerce. La loi fédérale est valide si elle répond à trois critères ; elle doit s'inscrire dans un système général de réglementation, faire appel à la surveillance constante d'un organisme de contrôle et porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un commerce en particulier.

Le juge Dickson émit par la suite dans *Canadian National Transportation*³¹¹ une opinion dissidente dans laquelle il complétait ces critères par deux autres. Le Parlement fédéral peut intervenir si les provinces ne peuvent pas, « conjointement ou séparément adopter une telle loi et que l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités compromette l'application de cette loi dans d'autres parties du pays. Enfin, l'intervention fédérale ne doit pas compromettre l'équilibre du pouvoir entre les gouvernements fédéral et provinciaux »³¹².

167. En 1989, le juge Dickson, désormais juge en chef, rédigea l'opinion majoritaire dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd v. City National Leasing*³¹³, où il rappela les critères mentionnés dans l'arrêt *Canadian National Transportation*, posant ainsi un test en cinq étapes permettant de déterminer si la clause de commerce pouvait être appliquée :

- la loi contestée doit faire partie d'un système général de réglementation;

³⁰⁹L'arrêt *Oakes*, 10 ans plus tard, vient limiter la mise entre parenthèses des libertés fondamentales en posant un test fondé sur l'interprétation l'article 1 de la Charte canadienne.

Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

³¹⁰*MacDonald v. Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 SCR 134 66 DLR 3d 1(1977) 2 RCS 134, p. 160 le juge Laskin prêt à « considérer sous leur aspect le plus général la compétence du Parlement du Canada sur la réglementation des échanges et du commerce »

³¹¹*Canada (attorney general) v. Canadian national transportation Ltd*, [1983] 2 SCR 206 3 DLR (4th)16 at p268 SCR

³¹²*Procureur général du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 RCS 206 p. 208, opinion du juge Dickson, p. 262.

³¹³*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

- le système doit être contrôlé par la surveillance constante d'un organisme de réglementation;
- la loi doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur particulier;
- la loi devrait être d'une nature telle que les provinces, conjointement ou séparément, soient constitutionnellement incapables de l'adopter
- l'omission d'inclure une ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

168. Lorsque deux niveaux de pouvoir sont compétents pour agir dans un même domaine, la subsidiarité permet de déterminer si « l'entité englobante », Union Européenne ou État fédéral canadien, peut intervenir. Une réponse positive peut entraîner la coexistence des droits des deux niveaux de pouvoir³¹⁴. Le principe de subsidiarité favorise un exercice des compétences adapté aux circonstances. L'application de ce principe incontournable pose des problèmes d'interprétation semblables en droit canadien et en droit de l'Union Européenne. L'interprète doit, dans les deux cas, se référer à la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement. Dans la mesure où le principe de subsidiarité peut tour à tour, en fonction des circonstances, bénéficier à différents niveaux de gouvernement, son application à une norme nécessite une recherche des objectifs qu'elle poursuit et des moyens à la disposition de chaque niveau de gouvernement, pour les atteindre. Il est ainsi établi que la précision des critères de la subsidiarité ne pourrait suffire à assurer l'application mécanique d'un principe dont le contenu est intrinsèquement lié aux circonstances de son application.

169. En Europe comme au Canada, cette mise en œuvre de mécanismes de subsidiarité est encadrée par des tests permettant l'évaluation de la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement. Ces tests comportent des zones grises, en particulier concernant le lien entre proportionnalité et subsidiarité. La possibilité d'une coexistence des deux systèmes permet de déterminer dans quelle mesure le droit de « l'entité englobante » prime sur les droits des entités englobées pour une plus grande efficacité. Autrement dit, de l'exclusivité³¹⁵ ou de la complémentarité des deux systèmes, dépend l'application du principe de primauté en droit de l'Union Européenne ou de la prépondérance fédérale en droit canadien, et dépend aussi, par voie de conséquence, l'évaluation de la capacité à agir de chaque niveau de pouvoir et de la subsidiarité.

Bien qu'une part de l'ambiguïté de ce principe, due à sa nature ambivalente et dynamique, ne semble pouvoir être écartée, nous rechercherons dans un second chapitre comment préciser les critères de ces tests afin de renforcer leur justiciabilité

³¹⁴ En droit de l'Union Européenne, c'est l'hypothèse la plus fréquente puisque la plupart des compétences sont partagées.

En droit canadien, la théorie du droit aspect, largement appliquée, permet la coexistence de régimes juridiques également valides, sauf en cas de conflit opérationnel. Pour les matières divisibles comme l'environnement, les deux paliers peuvent légiférer chacun à partir de ses compétences.

³¹⁵ En droit canadien, de l'existence d'un conflit de loi.

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121.

CHAPITRE 2.

LES LIMITES DE LA SUBSIDIARITE

170. Certaines limites de la subsidiarité découlent essentiellement de sa nature ambivalente (section 1), d'autres, conjoncturelles, résultent principalement de l'imprécision des critères de son application (section 2).

SECTION 1. LES LIMITES DE LA SUBSIDIARITE DECOULANT DE SON CARACTERE AMBIVALENT

171. En droit de l'Union Européenne (*sous-section 1*), comme en droit canadien (*sous-section 2*), la difficulté de l'interprète à évaluer la capacité à agir des différents niveaux de gouvernement constitue une limite à l'application de la subsidiarité.

Sous-section 1. Les limites de la subsidiarité découlant de son caractère ambivalent en droit de l'Union Européenne

172. La question se pose de savoir dans quelle mesure il est possible de restituer des compétences aux États membres sur la base du principe de subsidiarité (§1). En outre, la mise en évidence de l'incapacité à agir des États n'est pas toujours évidente, le principe de subsidiarité demeurant écartelé entre recherche d'efficacité et quête d'une plus grande proximité avec le citoyen (§2).

§1. La problématique de la restitution de compétences aux Etats membres

173. Certaines difficultés d'interprétation du principe de subsidiarité résultent du caractère progressif de l'intégration de l'Union Européenne. Le temps acquiert une portée juridique dans la définition des compétences exclusives mais également lorsque les modalités d'exercice des compétences

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

doivent être réévaluées à la suite d'un changement de circonstances, en particulier pour les traités à vocation économique et sociale. Si le temps semblait à l'origine bénéficier à la Communauté³¹⁶, les États étant considérés comme compétents aussi longtemps que la Communauté n'était pas intervenue, cette tendance sembla s'inverser avec l'article 5§3B dans les domaines de compétences partagées³¹⁷. Le problème de l'évolution des compétences au fil du temps ne se pose en effet que dans les domaines de compétences partagées, dans la mesure où les États peuvent retrouver leur compétence si un texte de l'Union Européenne est retiré ou si la législation de l'Union Européenne présente des lacunes³¹⁸. Un tel problème ne se pose pas dans les domaines de compétences exclusives où le temps bénéficie systématiquement à la Communauté³¹⁹.

174. Le traité de Maastricht a élargi le champ des compétences de l'Union Européenne, particulièrement celui des compétences préexistantes. Avant le traité de Maastricht et l'introduction de l'article 5§3B, l'inaction de l'État suffisait à autoriser la Communauté à intervenir. Avec l'introduction de l'article 5§3B, une action « potentiellement suffisante mais non encore accomplie » suffirait à interdire une intervention de l'Union Européenne³²⁰. Par ailleurs, les compétences transférées à la Communauté dans le cadre de l'article 5§3B n'appartiennent pas à cette dernière de façon exclusive et définitive.

175. La Communauté ne doit intervenir qu'aussi longtemps que son action est nécessaire. La nécessité d'une action commune des États membres par l'intermédiaire de la Communauté peut en principe disparaître au Cours

³¹⁶CJCE, délibération 1/78, 14 novembre 1978, Recueil 1978, note 59, 60

Cassis de Dijon, Affaire 120/78, 20 février 1979, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:HTML>, (consulté le 22 novembre 2013)

³¹⁷CJCE, délibération 1/78, 14 novembre 1978, Recueil. 1978, note 69, le juge de l'Union Européenne semble accepter certaines entraves à la libre circulation

³¹⁸Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C326 du 9 mai 2008

³¹⁹Avis 2/91 de la CJCE, 19 mars 1993, Recueil de jurisprudence 1-1061 28.

³²⁰Herve BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la Communauté et ses États membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n4, p. 165: « ce qui n'est pas sans conséquence sur les compétences externes de la Communauté et par conséquent, à cause de la théorie du parallélisme des compétences, sur ses compétences externes. La théorie de « l'effet utile » subit également les conséquences d'une telle évolution » .

d'évolutions politiques, juridiques ou sociales. Les compétences reviennent alors aux États membres³²¹. Le principe de subsidiarité peut bénéficier aux États membres si, à la suite de leur intervention, la nécessité d'une action de l'Union Européenne disparaît.

Une réévaluation de la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne semble indispensable pour préserver l'ambivalence et le dynamisme du principe de subsidiarité (A). Cependant, l'interprète pourra s'opposer à la restitution de compétences aux États membres afin de préserver la prévisibilité et l'effectivité du droit de l'Union Européenne (B).

A. La réévaluation de la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne

176. Les objectifs posés par les traités et en particulier les objectifs de société³²² peuvent être poursuivis par des normes de l'Union Européenne mais également par des normes étatiques ou régionales. La législation de l'Union Européenne devrait être à caractère sélectif. Par conséquent, une législation de l'Union Européenne peut être nécessaire à un moment donné pour atteindre un objectif puis cesser de l'être quelques années plus tard, lorsque sont intervenus d'autres niveaux de pouvoir plus proches du citoyen.

Dès lors une question se pose. La nécessité de l'action de l'Union Européenne a-t-elle été évaluée une fois pour toutes lors de la première intervention de l'Union Européenne ou peut-elle être remise en question par la suite ? Quoique la « règle de minimis », découlant de l'article 5§3TUE, prévoie que le coût de l'action de l'Union Européenne ne doit pas être disproportionné par rapport aux effets de l'intervention, la théorie de la préemption semble privilégier la première hypothèse. Les États ne peuvent de leur propre chef s'abstenir d'appliquer une norme de l'Union Européenne.

³²¹ Stéphane LECLERC, *Droit institutionnel de l'Union Et des Communautés européennes*, Paris, Gualino, 2003, 279p

Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne, C115/201

³²² Par exemple, la protection du consommateur, de la santé, de l'environnement ou de l'ordre public.

La plupart des propositions faites dans le cadre de l'article 100A du traité CEE visent des objectifs de société tels que la protection du consommateur, de la santé, de l'environnement de l'ordre public, or il n'est pas toujours nécessaire de légiférer en détail sur tous les aspects de ces objectifs pour garantir l'objectif principal de libre circulation.

B. Les dangers d'une remise en question des compétences de l'Union Européenne

177. La remise en question des compétences de l'Union Européenne sur la base du principe de subsidiarité pourrait menacer la prévisibilité (1) et l'efficacité du droit de l'Union Européenne (2). Cependant, la poursuite de ces impératifs n'empêche pas la remise en cause de normes nouvelles dans un domaine où la Communauté est déjà intervenue(3)³²³.

1. La nécessité de garantir la prévisibilité du droit de l'Union Européenne

178. La remise en question d'une norme de l'Union Européenne en vigueur serait susceptible de menacer prévisibilité du droit³²⁴. En effet, donner au pouvoir juridictionnel la possibilité de remettre en cause, à tout moment, une norme de l'Union Européenne, devenue inutile à la réalisation d'un objectif, rendrait le droit incertain. Il deviendrait difficile pour le justiciable de savoir à quelle règle se référer, nationale ou de l'Union Européenne. Cette critique ne prend tout son sens que si la règle de l'Union Européenne et la règle nationale se contredisent, ce qui semble peu probable dans la mesure où les objectifs poursuivis seraient les mêmes. Le fait que l'une des deux normes soit plus contraignante que l'autre n'aurait pas pour effet de menacer la prévisibilité du droit dans la mesure où le justiciable serait tenu de respecter la norme la plus exigeante. L'action de l'Union Européenne doit

³²³ British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

³²⁴ British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

Pourtant, tout recours en annulation et, éventuellement, tout recours en exception d'illégalité, ne seraient-il pas susceptibles de menacer la prévisibilité du droit? Le danger de bouleverser la stabilité du fragile édifice de l'Union Européenne n'est pas caractéristique des recours fondés sur une méconnaissance du principe de subsidiarité. Il s'agit, lorsque la norme est ancienne, de vérifier que son annulation soit indispensable. Or, il n'est pas certain qu'il soit indispensable d'annuler une norme de l'Union Européenne devenue superflue avec le temps mais respectant le principe de subsidiarité au moment de son édicton. Il s'agit de procéder à une balance entre coût et avantage: est-il préférable dans chaque cas de préserver les compétences étatiques où d'assurer la prévisibilité du droit?

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

éviter les disparités de situations mais peut donc accepter des normes nationales plus rigoureuses.

179. Il s'agit d'éviter toute situation où le droit serait imprévisible ou difficilement prévisible. La prévisibilité du droit est nécessaire à la sécurité du droit et constitue par conséquent une garantie de l'État de droit, d'où l'importance de préserver les droits acquis et d'assurer la stabilité des situations de droit. Le principe de sécurité juridique constitue d'ailleurs un principe général du droit communautaire depuis l'arrêt *Bosch* du 6 avril 1962³²⁵. Ainsi l'effet « cliquet anti-retour » ne vise-t-il pas uniquement à assurer l'effectivité du droit de l'Union Européenne.

2. La recherche d'un droit de l'Union Européenne effectif

180. La Cour recherche l'effectivité du droit de l'Union Européenne (a), cette effectivité étant perçue comme nécessitant une progression constante des compétences de l'Union Européenne (b).

a. Le principe d'effectivité

181. Qu'elle soit favorable à la Communauté ou aux États membres, l'interprétation du principe de subsidiarité et du facteur temps est légitimée par la Cour par sa recherche d'effectivité du droit de l'Union Européenne³²⁶. La recherche d'effectivité précède donc la reconnaissance explicite de la subsidiarité. La marge de manœuvre autorisée pour les États dépend de l'action positive de la Communauté, de l'effectivité de son droit. Désormais, la

³²⁵ *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn*. - Demande de décision préjudicielle: Gerechtshof 's-Gravenhage - Pays-Bas, Affaire 13-61, 6 avril 1962

³²⁶ La Cour de justice se réfère au principe d'effectivité dans les arrêts *Cassis de Dijon* et *AETR*.

Cassis de Dijon, Affaire 120/78, 20 février 1979, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:HTML>, (consulté le 22 novembre 2013)

AETR (Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes - Accord Européen sur les Transports Routiers), Affaire 22-70, 31 mars 1971, http://www.cvce.eu/obj/arret_de_la_cour_de_justice_AETR_affaire_22_70_31_mars_1971-fr-0d4dae9f-514b-47e0-bd49-502318d6e798.html, (consulté le 24 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Cour ne recherche plus si les compétences de la Communauté sont effectives à terme³²⁷ mais si elles sont exercées par la Communauté de façon complète et exhaustive³²⁸. Le principe d'effectivité découle du principe d'effet direct³²⁹ et de celui de collaboration loyale³³⁰.

182. Pour comprendre les fondements du principe d'effectivité et ne pas le confondre avec le critère d'efficacité utilisé dans le cadre du contrôle de la subsidiarité, encore s'agit-il de distinguer ces notions voisines. Alors que la première renvoie à l'aptitude d'une norme à produire des effets de droit, l'efficacité d'une norme se rapporte davantage à son aptitude à la réalisation de ses objectifs. Par conséquent, le principe d'effectivité du droit de l'Union Européenne précède l'évaluation de la subsidiarité, qui implique une référence à l'efficacité des interventions de chaque niveau de gouvernement. Plus précisément, le principe d'effectivité engloberait le principe d'efficacité puisque la réalisation du droit de l'Union Européenne nécessite l'atteinte de ses objectifs.

La Cour pourrait difficilement aller plus loin dans la défense des intérêts étatiques ; il lui serait difficile de remettre en cause la capacité de l'Union Européenne à se prévaloir de compétences qu'elle exerce déjà.

³²⁷ 78/164/Euratom, JOL51 du 22.2.1978, avis 1/78: note 76

Cornelis Kramer et autres, Affaires jointes 3, 4 et 6-76, le 14 juillet 1976, Recueil de jurisprudence 1976 page 01279, Avis 1/76 de 96

CJCE, Avis 2/92 (Avis l'OCDE), 24 Mars 1995, Recueil de jurisprudence 558, point 27

³²⁸ CJCE, Avis 1/94 (Accord établissant l'OMC), 15 novembre 1994, Recueil de jurisprudence 1994 p. I-5267

³²⁹ *Van Gend en Loos*, 26/62, 5 février 1963, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:FR:HTML> (consulté le 21 octobre 2012)

³³⁰ Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, art.3bis

En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

b. La progression constante des compétences de l'Union Européenne

183. L'intégration progresse sans cesse depuis les débuts de la construction de l'Union Européenne, le préambule des traités consolidés prévoit que la construction européenne est une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Cette dernière expression comporte une certaine ambiguïté. Si l'union des peuples d'Europe semble évidemment souhaitable, il n'est pas certain que cette union nécessite une intégration constante. La nécessité d'une intégration constante impliquerait que, par essence et donc de façon systématique, l'Union Européenne serait plus efficace que les États pour atteindre un objectif. L'existence même de domaines de compétences partagées infirme cette hypothèse.

184. La Cour de justice, soucieuse d'éviter que le principe de subsidiarité n'aboutisse à bloquer les compétences de l'Union Européenne a pourtant reconnu que ce que la Communauté reçoit des États membres lui est acquis jusqu'à révision éventuelle des traités ³³¹, selon « l'effet de cliquet anti-retour ». Les compétences de l'Union Européenne devraient dans cette perspective se développer pour éviter que l'engrenage ne se bloque. Chaque compétence en nécessite une autre pour être exercée. Le marché unique entraîne la monnaie unique qui entraîne un gouvernement européen. Une telle interprétation des compétences de l'Union Européenne ne devrait être envisagée que comme conjoncturelle, résultant de la nécessité pratique de construire l'Union. Pérennisée et appliquée, elle entrerait en contradiction avec la répartition fonctionnelle des compétences proposée par les traités. En outre, cette assimilation de l'union des peuples à un objectif d'intégration constituerait un danger pour l'Union Européenne, la chargeant de responsabilités inadaptées à son niveau d'action.

Selon une image bien connue, la Communauté est comparable à une bicyclette, si elle n'avance pas elle tombe. Cela est critiquable. En effet, comme une bicyclette doit avancer pour ne pas tomber, la Communauté doit pleinement exercer ses compétences pour survivre. Pourtant, pas plus qu'une bicyclette n'a besoin d'accélérer sans cesse pour avancer, la Communauté n'a besoin d'accroître ses compétences pour les exercer pleinement. Elle risquerait au contraire l'essoufflement.

3. La remise en question de nouvelles normes de l'Union Européenne

³³¹Costa c/ E.N.E.L., Affaire 6/64, 15 juillet 1964

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

185. Le respect du principe de subsidiarité pourrait être contrôlé par la Cour si l'Union Européenne élaborait une nouvelle norme dans un domaine où elle est déjà intervenue ou si une norme de l'Union déjà existante était modifiée. En effet, la prévisibilité du droit ne serait pas menacée dans une telle hypothèse³³². Si la Communauté souhaite exercer ses compétences ou modifier celles antérieures, elle devrait se soumettre à l'article 5§3, peu importe en vertu de quel traité elle exerce une compétence concurrente³³³. En effet, le traité de Maastricht se superpose aux traités déjà existants, sous réserve que des dispositions modifient le traité instituant la Communauté Économique Européenne, en vue d'établir la Communauté européenne. Tout texte de droit dérivé ou postérieur au traité de Maastricht doit donc respecter l'article 5§3.

186. Sans cela, la Communauté occuperait une part toujours plus grande du terrain normatif et le principe de subsidiarité se retrouverait rapidement vide de sens. La norme européenne en place, il devient plus difficile pour les États d'exercer une compétence. Le marché commun, par exemple, en aboutissant à un droit des contrats et créances, autre que le droit national, participe à la même dynamique. Le commerce extérieur dépasse aujourd'hui le quart du PIB européen³³⁴.

Une telle interprétation du droit permettrait aux États de récupérer leurs compétences dans un domaine s'ils parviennent à atteindre un objectif de l'Union Européenne par eux-mêmes, conformément au texte de l'article 5§3.

187. Cependant, une telle interprétation présente un inconvénient ; celui de favoriser un certain immobilisme de l'Union Européenne. En effet, la Communauté, en modifiant un texte, s'exposerait au risque de voir ses compétences contestées par la Cour de justice sur la base du principe de subsidiarité, l'effet pervers étant de creuser l'inadaptation du droit aux nécessités sociales européennes. Or comme le montre la crise de légitimité à laquelle l'Union Européenne semble actuellement confrontée, nombre de problèmes auxquels est confrontée l'Union Européenne découlent d'un

³³² Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la Commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne: http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013).

Cette communication prévoit la motivation de tout acte sur la base du principe de subsidiarité.

³³³ Hervé BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la Communauté et ses États membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, pp. 389-338.

décalage temporel entre le droit de l'Union Européenne et les nécessités économiques, politiques et sociales européennes. L'immobilisme des institutions, craignant de fragiliser l'édifice déjà existant, pourrait également accentuer ce décalage³³⁵.

§2. La tension entre proximité avec le citoyen et efficacité

188. La question se pose de savoir à qui bénéficie la subsidiarité lorsque les entités centralisées et les entités englobées possèdent des moyens équivalents pour atteindre un objectif du traité ou lorsqu'il est impossible d'évaluer avec certitude la capacité à agir de chacun d'entre eux. Le problème est de déterminer, lorsqu'on ignore qui des États ou de la Communauté est le mieux à même d'atteindre un objectif, qui est présumé compétent.

Le second alinéa de l'article 5§3 réunit ces deux critères. Il prend en compte la suffisance de l'intervention étatique pour atteindre un objectif de façon absolue (A) mais il se réfère aussitôt après à la plus-value d'une intervention de l'Union Européenne(B). Il n'est pas avéré que l'Etat soit nécessairement plus proche des citoyens que ne le serait la Communauté (C).

A. La protection des compétences étatiques par l'article 5§3

189. L'interprétation du principe de subsidiarité à la lumière du principe de spécialité³³⁶ semble laisser supposer que la priorité d'action revient à

³³⁵Ce décalage temporel entre le droit et les besoins sociaux dépasse celui de la subsidiarité et des compétences de la Cour de justice. On peut invoquer comme causes, entre autres, la lenteur de processus d'élaboration du droit européen. L'engrenage européen se bloque lorsque certaines compétences concurrentes sont exercées par les institutions européennes au point de devenir exclusives alors que d'autres compétences leur étant associées demeurent partagées.

³³⁶Selon le « principe d'attribution », le traité garantit que l'Union ne puisse étendre ses compétences aux dépens de celles des États sans leur accord. L'Union dispose des compétences que les États lui attribuent et toutes les autres compétences continuent d'appartenir aux États. La possibilité de restituer des compétences aux Etats membres est prévue par le traité. Ce principe se distingue du principe de spécialité qui était prévu à l'article 5 al.1er du TCA : « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité » .

l'unité restreinte. Selon l'aspect descendant de la subsidiarité, une compétence exercée par un État membre ne peut l'être par la Communauté sans son transfert express³³⁷. La compétence de droit commun appartient aux autorités nationales. Il s'agirait de confier des compétences au niveau de pouvoir efficace le plus proche du citoyen, l'efficacité technocratique étant sacrifiée au profit de la démocratie qui devient le critère déterminant. Le rôle de la Communauté serait secondaire puisque le niveau le plus efficace le plus bas est compétent pour agir.

190. Le lien entre le principe de subsidiarité et la règle de proximité est particulièrement mis en exergue dans le préambule même du traité sur l'Union Européenne³³⁸. De plus, le principe de proportionnalité, prévu par le second alinéa de l'article 5§3 prévoit qu'à efficacité égale, le mode d'intervention qui laisse le plus de liberté aux États doit être privilégié.

Le protocole sur l'application des principes de Subsidiarité et de Proportionnalité prévoit que « les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens de l'Union » mais il se réfère de façon implicite à l'efficacité de l'action de l'Union dans son article 5³³⁹.

L'article 1UE prévoyait la nécessité d'une norme de l'Union Européenne proche du citoyen³⁴⁰. Par conséquent,³⁴¹ la Communauté peut parfois, en

³³⁷ Communautés européennes (dir.), *Le Droit communautaire*, Bruxelles Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1982.

³³⁸« Le principe de subsidiarité.» Parlement européen: fiches techniques, en ligne: <http://www.europarl.europa.eu/> (consulté le 7 novembre 2013).

³³⁹ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne? , C115/201

³⁴⁰Une partie de la doctrine a insisté sur la formulation négative de l'article 3B, ce dernier mettrait l'accent sur la capacité à agir des Etats membres. En exigeant la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour atteindre un objectif du traité, il préserve les compétences étatiques. L'article 235, en revanche, est une formulation positive de la subsidiarité. Il suffit que l'action de la Communauté soit plus efficace pour que sa compétence soit reconnue. Ainsi, quand bien même l'action des Etats membres serait efficace pour atteindre un objectif, la Communauté serait compétente si elle l'est davantage. Il s'agit de considérer l'efficacité de l'entité supérieure relativement à celle de l'entité inférieure et non l'efficacité absolue de l'entité inférieure.

v. en ce sens Nicholas EMILIOU, « Subsidiarité: une barrière efficace contre les « entreprises de l'Ambition» , *Revue du droit européen*, 1992, Vol.17 p. 23

application du principe de subsidiarité, ne pas intervenir directement mais renforcer la coopération européenne, ce qui permet de rapprocher les décisions des citoyens³⁴² et d'ainsi démocratiser la Communauté, pôle de stabilité.

Dans son discours du 5 octobre 1989 à Bonn, le président de la Commission, Jacques Delors, rappelait qu'« il faut s'assurer qu'une action est indispensable. Sinon, il vaut mieux la confier aux entités englobées »³⁴³. Il n'en fit pas moins plus tard allusion aux³⁴⁴ dangers d'une interprétation de la subsidiarité accordant au critère de proximité avec le citoyen une trop grande place. Ainsi démontra-t-il la nécessité de prendre en considération l'efficacité de l'action de l'Union Européenne, en particulier en matière d'industrie, de haute technologie ou de politique sociale³⁴⁵.

³⁴¹Antonio TIZZANO et Daniel VIGNES, *Code de l'Union Européenne*, 2e édition, en ligne: <<http://www.decitre.fr/livres/code-de-l-union-europeenne-9782802714460.html>> (consulté le 16 novembre 2013), 1139p

³⁴² Idée également défendue par Bangemann, Vice-président de la Commission

³⁴³Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013)

Certains auteurs parlent d'un retrait tacite de Jacques DELORS après le non danois. Discours prononcé le 10 juin 1992 devant le Parlement européen, pp. 163-176.

<http://www.cairn.info/revue-politique-europeenne-2007-3-page-153.htm>, consulté le 12/06/12

³⁴⁴ Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne:http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013), annexe II

³⁴⁵Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013):

« Pouvons-nous, au nom de la subsidiarité, de la priorité à l'échelon le moins élevé possible, laisser notre industrie de haute-technologie (informatique,

B. La limitation du principe de proximité

191. Cependant, l'interprétation fonctionnelle de la subsidiarité, prenant en compte les nécessités de la construction de l'Union Européenne, semble renverser cette présomption : « La subsidiarité, parce qu'elle suppose l'organisation de la société en groupes et non son atomisation en individus, repose sur une relation, à proprement parler, dialectique : « la priorité d'action à l'unité la plus restreinte joue dans la mesure, et seulement dans la mesure (ce que l'on oublie trop vite) où elle peut agir séparément, mieux qu'une grande unité, pour la réalisation des buts poursuivis. »³⁴⁶ Il s'agit d'éviter que les intérêts des États membres ne soient lésés.

Peter Schmidhuber affirmait que « La question centrale n'est plus de savoir ce que la Communauté pourrait faire mais ce qu'elle devrait absolument faire. En d'autres termes : il faut se limiter à l'essentiel. »³⁴⁷

192. Dans une conception de l'Europe où le principe de subsidiarité ne s'applique qu'à la Communauté et aux États membres, on considère trop rapidement que l'État est nécessairement le mieux à même de défendre les intérêts des citoyens. Pourtant, rien ne le prouve. Le principe de proximité avec le citoyen ne devrait donc pas systématiquement bénéficier aux États.

Dans une approche fédérale, l'État n'est pas une fin en soi, « peu de thèmes lui sont réservés par nature ». Rien ne permet de supposer que l'Europe sera toujours plus proche des citoyens par l'intermédiaire des nations.

aérospatiale, biotechnologie) désarmée, sans secours, alors que l'on connaît la part décisive des actions publiques - je pense en particulier à la recherche - aux États-Unis et au Japon? Je terminerai avec l'exemple de la politique sociale. La Charte, solennellement adoptée par onze Chefs d'État et de gouvernement, n'était pas seulement un geste politique. Elle illustre l'idée que la réalisation d'un espace sans frontières doit s'accompagner, par souci de cohérence et de solidarité, du développement d'une véritable politique sociale, dont j'espère que la révision du Traité nous fournira tous les moyens institutionnels.»

³⁴⁶Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? », Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013)

³⁴⁷ Discours de Peter SCHMIDHUBER, Commission européenne, 10 septembre 1992, IP/92/702, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-92-702_fr.htm?locale=FR (consulté le 24 octobre 2013), Point 7.

193. Enfin, hors des domaines socio-économiques du traité, il devient difficile de déterminer ce que signifie « prendre des décisions le plus près possible du citoyen ». La subsidiarité pourrait-elle mener à des procédés de démocratie directe ?

Le respect du principe de subsidiarité est indispensable à l'adaptation de l'exercice des compétences aux nécessités sociales fluctuantes. Il permet de concilier des objectifs d'efficacité et de justice lorsqu'il favorise la norme européenne avec des objectifs de démocratie et de protection de la diversité lorsqu'il joue en faveur de la norme nationale.

Nous verrons dans une seconde section que si le principe de subsidiarité n'est pas explicitement mentionné en droit canadien, l'idée de la subsidiarité est présente dans d'autres théories permettant également l'adaptation des compétences aux évolutions de la société tels que la doctrine paix, ordre et bon gouvernement et la clause de commerce. La subsidiarité a d'ailleurs été reconnue comme principe d'interprétation du partage des compétences. Nous montrerons ainsi l'universalité du principe de subsidiarité. L'étude du système canadien pouvant contribuer au perfectionnement du système européen.

Sous-section 2. L'indétermination des critères de la subsidiarité en droit canadien

194. Des mécanismes de subsidiarité sont présents dans les théories issues de l'article 91, qu'il s'agisse de la clause de commerce (A), de la doctrine de l'intérêt national (B) et du pouvoir d'urgence (C), théories dont les critères d'application sont parfois flous.

A. Le caractère indéterminé des critères de la clause de commerce

195. Il est relativement facile pour le fédéral de prouver que son intervention satisfait aux trois premiers critères posés dans l'arrêt *General Motors of Canada*³⁴⁸. Le test posé par les deux critères supplémentaires semble plutôt léger. Ces cinq critères n'apportent pas de véritable garantie à la protection de la diversité et du régionalisme, valeurs au cœur du fédéralisme. Dans l'arrêt *General Motors of Canada*³⁴⁹, la Cour va utiliser les critères de la clause de commerce pour valider une intervention fédérale en matière de commerce intra-provincial.

L'arrêt *General Motors of Canada* fut pour la Cour suprême l'occasion de préciser les contours de la compétence générale du fédéral en matière d'échanges et de commerce : « la General Motors of Canada Ltd. (« GM ») fabrique des voitures et des camions. City National Leasing (« CNL ») loue à travers le Canada des flottes de voitures et de camions et fait concurrence à d'autres entreprises nationales du même genre. CNL achète la plupart de ses véhicules à des concessionnaires GM, mais ne les achète pas directement à GM. Pour financer ses achats de véhicules GM entre 1970 et 1980, CNL a bénéficié d'un taux d'intérêt subventionné en vertu d'un programme offert par General Motors Acceptance Corporation (« GMAC »). CNL allègue qu'au Cours de cette période, GM a, directement ou indirectement, accordé un taux

³⁴⁸Philip GIRARD, Bora LASKIN, *Bringing law to life*, Toronto, University of Toronto press for Osgood society for Canadian Legal History, 2005, 646p

Selon Philip GIRARD, la rationalité de ces critères n'est pas évidente, il n'existerait pas de fondement à la présomption selon laquelle l'art 91 bénéficierait au gouvernement fédéral, il s'agirait plutôt d'une position axiomatique de la Cour.

³⁴⁹*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

d'intérêt « préférentiel » subventionné aux concurrents de CNL à l'égard de leurs acquisitions de voitures et de camions fabriqués par GM en plus du taux d'intérêt subventionné dont bénéficiait CNL³⁵⁰ » .

196. La Cour reconnaît au fédéral la capacité de procéder à « la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion » . La Cour se réfère à l'intention des Pères de la Confédération pour montrer la nécessité pratique d'octroyer au Parlement fédéral des compétences étendues en matière d'échange et de commerce³⁵¹. Le critère abstrait dégagé par la jurisprudence du Conseil privé pour évaluer la nature locale de l'opération a, selon la Cour, entravé cette action fédérale³⁵². La Cour note que l'évolution ultérieure de la jurisprudence serait plus conforme à l'intention des Pères de la Confédération³⁵³. Cette jurisprudence permet d'écarter une interprétation littérale de la clause de commerce³⁵⁴.

³⁵⁰General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, §1

³⁵¹General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641 [TRADUCTION] C'est avec un intérêt plus grand à l'égard du pouvoir central que celui qui animait les auteurs de la constitution de notre voisin du sud que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique a été rédigé. Il existe de bonnes analyses des réactions des provinces fondatrices aux conséquences du pouvoir décentralisé aux États-Unis. Les termes généraux et absolus du par. 91(2) traduisent l'intérêt fondamental que la force de l'unité économique devait supplanter les hésitations des provinces en matière économique. Pourtant, alors que les tribunaux américains élargissaient la portée de leur clause en matière de commerce jusqu'à ce qu'elle signifie essentiellement ce que les Pères de la Confédération avaient souhaité pour le Canada, le Conseil privé et les tribunaux canadiens ont réagi à l'encontre des espoirs des rédacteurs de leur constitution et ont décentralisé le contrôle en matière de commerce.

³⁵²General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641 Jusqu'à assez récemment du moins, l'interprétation donnée à la compétence en matière d'échanges et de commerce a renforcé de façon presque constante la paralysie fédérale qu'une série de décisions du Conseil privé rendues au cours des années 1881 à 1896 avait entraînée. L'opinion prédominante voulait que le par. 91(2) ne s'applique en aucun cas au commerce en général, aux contrats, à des métiers ou à des emplois particuliers, ou à des produits dans la mesure où ces sujets pouvaient être de nature intra-provinciale. Pour déterminer si l'opération était de nature locale, c'est un critère juridique abstrait, étranger à l'effet commercial, qui était appliqué.

³⁵³General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

197. La question se pose de savoir si les critères posés par l'arrêt *General Motors of Canada* garantissent le maintien de l'autonomie provinciale. En effet, l'évaluation de la capacité provinciale à réglementer efficacement un domaine ne peut être purement juridique, elle requiert des références économiques qui dépassent le champ d'expertise des juges. Il semble également difficile d'évaluer de façon neutre si une question est « d'importance capitale pour l'économie canadienne » .³⁵⁵ Les études auxquelles se réfèrent la Cour ont été menées dans les années soixante-dix et pour le compte du gouvernement canadien³⁵⁶.

L'entité centrale ne devrait agir que si elle démontre l'incapacité des entités locales à collaborer³⁵⁷. Nous montrerons que le test posé dans l'arrêt *General Motors of Canada* apparaît comme un statu quo.

Depuis 1949 et l'abolition des appels au Conseil privé, je pense qu'il est juste de dire que la compétence en matière d'échanges et de commerce a bénéficié d'une plus grande importance dans des arrêts comme *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, qui a confirmé la validité de la Loi sur la Commission canadienne du blé fédérale, *The Queen v. Klassen* (1959), 20 D.L.R. (2d) 406 (C.A. Man.), qui a confirmé l'application de la Loi sur la Commission canadienne du blé à des opérations intraprovinciales, et *Caloil Inc. c. Procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 543, qui a maintenu un programme fédéral de réglementation de la mise en marché d'essence importée. Voir également le Renvoi relativement à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, [1978] 2 R.C.S. 1198.

Cf. égal. Aussi loin que je me souviens, ce n'est qu'à deux reprises qu'une cour d'appel de dernier ressort a confirmé la validité d'une loi en vertu du second volet⁵(...).

³⁵⁴*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641

La compétence générale en matière d'échanges et de commerce

Dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, j'ai eu l'occasion de tracer l'historique judiciaire du par. 91(2). Il serait inutile de reprendre cette analyse ici. Pour les fins de ce pourvoi, il suffit de résumer les principes généraux qui, à mon avis, sont ressortis de l'examen judiciaire du par. 91(2) et qui sont pertinents en l'espèce(...).

³⁵⁵*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 678.

³⁵⁶Peter W. HOGG et Waren GROVER, « The constitutionality of the competition Bill » , (1976) 1 *can bus LJ* 197 et Albert E. SAFARIAN, *Safarian Canadian federalism and economic integration* Ottawa: Bureau du conseil privé du gouvernement du Canada, 1974, pp. 199-200.

³⁵⁷Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

198. Il s'agit de compléter le test de l'arrêt *General Motors of Canada* pour le rendre plus exigeant et véritablement normatif en posant des critères appuyés par des preuves.

Comme le proposent Noura KARAZIVAN et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, les critères d'application du principe de subsidiarité pourraient être les suivants³⁵⁸ :

«-La législation contestée doit appartenir à un système de régulation

- Ce système est contrôlé par la surveillance constante d'une agence de régulation
- La législation a trait au commerce comme un tout plutôt qu'à une industrie particulière

-« Il est démontré, sur un équilibre des probabilités fondé sur des preuves qualitatives (incluant une comparaison) et si nécessaire par des preuves quantitatives, que l'action à un niveau fédéral pourrait produire des bénéfices tangibles comparativement à une action au niveau provincial et plus précisément : que le problème que la législation vise à résoudre comporte des aspects supra provinciaux qui ne peuvent être réglés de façon satisfaisante et efficace par les provinces agissant ensemble ou séparément, que les objectifs poursuivis par la législation ne peuvent être accomplis de façon satisfaisante par les provinces agissant ensemble ou séparément et qu'en raison de l'échelle ou des effets de la législation, peuvent être mieux accomplis par le Parlement, que l'échec à inclure une ou plusieurs provinces ou villes dans le système législatif pourrait compromettre le succès de l'opération du système dans d'autres parties du pays. »

- La législation fournit aux provinces, lorsque cela est approprié et nécessaire à l'application correcte de la loi, des moyens alternatifs d'atteindre les objectifs de cette mesure ou d'incorporer les apports provinciaux dans l'administration et l'application de la loi.

- L'envergure de la législation n'excède pas ce qui est nécessaire à l'atteinte des objectifs poursuivis et ne conduit pas à un déséquilibre excessif entre les pouvoirs fédéral et provinciaux. »

Si, dans le *Renvoi sur la loi canadienne sur les valeurs mobilières*, la Cour suprême a formellement maintenu l'intégrité du test posé dans l'arrêt *General Motors of Canada*, elle s'est néanmoins montrée beaucoup plus exigeante quant à la nature de la preuve devant être faite par le fédéral ; l'idée du

³⁵⁸Noura KARAZIVAN and Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities Within the Canadian Federation » , 2010 49-1 *Canadian Business Law Journal* 1. pp. 1-38.

maintien d'un équilibre entre pouvoirs provinciaux et fédéraux traverse en filigrane cet important avis consultatif.

B. Le caractère indéterminé des critères de l'intérêt national

199. Comme le recommande Lord Watson dans l'affaire des *Prohibitions locales*³⁵⁹, où le Comité s'abstint de renier la théorie des dimensions nationales, cette théorie devrait être appliquée avec prudence.

L'arrêt *Crown Zellerbach*³⁶⁰ a d'ailleurs montré la limite des critères guidant sa mise en application. Il est ainsi difficile de définir ce qu'est une matière nouvelle³⁶¹. Par exemple, l'environnement est un thème de législation ; par conséquent, il ne s'agit pas d'un sujet exclusivement fédéral. De plus, il n'est pas toujours évident de distinguer ce qui est purement local de ce qui peut devenir un problème national. Il ne suffit pas que plusieurs provinces soient concernées pour qu'une matière soit d'intérêt national³⁶².

200. La pertinence des nouveaux critères posés dans *Crown Zellerbach*³⁶³ fut discutée par la doctrine³⁶⁴. En effet, alors que le *Renvoi sur*

³⁵⁹*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 cité dans *Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193 (C.P.)

³⁶⁰*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

³⁶¹2^e point, *R. c. Russel*, (1997) 1 R.C.S. 356

³⁶²*Attorney-General of Ontario c. Attorney-General of Canada* (local prohibition case), [1896] A.C. 348

De même, en droit de l'Union Européenne, il ne suffit pas qu'une action dépasse les frontières des Etats membres pour qu'elle soit de la compétence des institutions de l'Union Européenne conformément au principe de subsidiarité

³⁶³*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

³⁶⁴Gerald A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, Wilson & Lafleur, 1990, p. 396.

Jacques Yvan MORIN et José WOEHRLING, *Les constitutions du Canada et du Québec: du régime français à nos jours*, 2^e éd. 1 « études » Montréal Edition Thémis 1994. 656p; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2 éd. Cowansville Editions Yvon Blais, 1990, pp. 491-493, Micheline Patenaude, *l'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre échange*, (1990) 21 RDUS pp. 13 -25, Alastair R Lucas, *la Rv Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1989] 23 UBCLR 355.

la *Loi anti- inflation*³⁶⁵ préservait dans une certaine mesure les compétences provinciales, le critère d'unicité posé par *Crown Zellerbach* est impropre à le faire. Enfin, le juge Le Dain affirme que le critère de l'incapacité provinciale à traiter une matière ainsi que les dommages que cela créerait dans les autres provinces pourraient être présumés. Il n'est pas nécessaire que la province, dans la pratique, ne s'occupe pas de la matière en question. Cependant, il semble difficile d'imaginer qu'une province puisse offrir une garantie absolue d'efficacité dans une matière, ce qui rend les possibilités d'action fédérale d'autant plus ténues. La Cour rend davantage flous les critères d'application de la théorie, désormais qualifiée d'intérêt national, ce qui lui permet de dépasser les limites d'un contrôle purement judiciaire³⁶⁶ et, partant, de favoriser indirectement les intérêts fédéraux. En revanche, cette ouverture normative accrue à une telle action demeure largement théorique, puisque le flou qui la caractérise n'offre pas des fondements bien solides à cette action lorsqu'il s'agit d'en donner une justification convaincante.

C. L'indétermination des critères de la théorie de l'urgence

201. Le caractère temporaire de la théorie de l'urgence lui confère la réputation d'être moins menaçante pour les compétences provinciales que celle de l'intérêt national. Pourtant, la jurisprudence se montra hésitante sur les conditions de l'urgence, en particulier dans l'identification des circonstances exceptionnelles. Elle opta en revanche pour reconnaître au législateur fédéral une large discrétion, s'agissant d'identifier de telles circonstances, n'exigeant finalement de lui qu'il ne démontre que le fondement rationnel des constats ou perceptions ayant provoqué son action législative. L'évolution de la jurisprudence relative à l'urgence pourrait accentuer son caractère centralisateur. D'une part, elle n'exige pas du législateur fédéral qu'il prouve l'urgence de la situation, ni même qu'il la mentionne³⁶⁷ et d'autre part, elle reconnaît qu'une situation d'urgence peut être reconnue en temps de paix, ce qui contribue au caractère indéterminé de ses contours. En outre, l'urgence peut dépasser la durée de la crise.

202. De plus, si l'urgence ne permet la reconnaissance de la validité des lois que durant une durée limitée, ces lois, comme toutes les lois, peuvent

³⁶⁵Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

³⁶⁶Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2 ed. Cowansville Editions Yvon Blais, 1990, p. 493.

³⁶⁷*Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Company*, [1923] A.C. 695 (PC)

avoir des effets au-delà de cette période. Enfin, le législateur fédéral est seul à même de déterminer quand s'achève l'urgence.

Une centralisation abusive pourrait résulter de l'absence de critère permettant d'identifier la fin de l'urgence. Les tribunaux, en laissant au gouvernement le soin de déterminer l'étendue de l'urgence, laissent planer un risque sur l'équilibre fédéral.

SECTION 2. LA DELICATE DELIMITATION DU CHAMPS D'APPLICATION DE LA SUBSIDIARITE

203. Il n'est pas toujours évident d'identifier à quel type de compétence s'applique la subsidiarité (*sous-section 1*). De plus, l'application de la subsidiarité implique parfois de s'interroger sur l'étendue de l'intervention de l'« entité englobante » (*sous-section 2*).

Sous-section 1. L'identification des compétences partagées en droit de l'Union Européenne

204. Pour définir le champ d'application du principe de subsidiarité, il s'agit d'abord d'identifier les domaines de compétences exclusives auxquels il ne s'applique pas. La question se pose de savoir si les compétences partagées énumérées par le traité de Lisbonne peuvent devenir exclusives dans le temps (A). Il s'agit ensuite de déterminer si le principe de subsidiarité s'applique à toutes les compétences partagées (B).

A. L'évolution des compétences exclusives

205. Pour connaître le champ d'application du principe de subsidiarité, il est nécessaire de définir les compétences exclusives. Ces dernières pouvaient se développer avant le traité de Lisbonne (1); la question se pose de savoir si elles le peuvent toujours (2).

1. L'identification des compétences exclusives avant le traité de Lisbonne

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

206. Les traités opérant auparavant une répartition des compétences par la description de fonction, d'objectifs à atteindre, et non par la désignation de domaines précis, la délimitation des compétences exclusives de la Communauté demeurerait malaisée³⁶⁸. Ainsi, dans le traité de Maastricht, quoique l'article 3 énumérait les compétences attribuées à la Communauté Économique Européenne, la formule évolutive de 235 restait néanmoins applicable.

207. L'identification de compétences exclusives était plus facile quand le traité posait une obligation de résultat précise ; il n'était pas nécessaire d'appliquer le principe de subsidiarité s'il était établi qu'une action devait être accomplie pour atteindre un résultat. Cependant, le but poursuivi ne justifiait pas une intervention illimitée de la Communauté, il s'agissait de déterminer dans quelles limites l'action de la Communauté était nécessaire ; quels sont, par exemple, les éléments essentiels de la politique commune des transports ? Le concept retenu à l'article 5§3 se distinguait donc partiellement du sens habituellement donné à cette notion qui trouvait son origine dans des systèmes identifiant des blocs de compétences. L'article 5§3 opère une distinction entre objectifs et compétences, ce qui pouvait être interprété comme une volonté de laisser ouvert le caractère évolutif de la Communauté³⁶⁹.

208. On pouvait ainsi distinguer avant le traité de Lisbonne les compétences exclusives par nature, au contenu fixe des compétences exclusives par exercice, au contenu évolutif. La question se pose des lors de l'évolutivité de la liste des compétences exclusives prévues par le traité de Lisbonne.

Les compétences exclusives explicites ou par nature correspondaient à « des compétences d'attribution qui découlaient des dispositions contenues dans les traités auxquelles s'ajoutait un principe correcteur qui admettait que la Communauté puisse également mettre en œuvre des compétences non inscrites dans les traités mais nécessaires pour assurer le fonctionnement de la Communauté et atteindre les objectifs fixés par le traité ». La Cour avait dégagé des compétences exclusives par nature de la Communauté, comme par exemple la politique agricole commune³⁷⁰.

³⁶⁸Par exemple, les domaines ressortissant à la Communauté peuvent être élargis en vertu de l'article 308 (235) du traité CE si une action de cette dernière apparaît nécessaire pour la réalisation des objets du traité.

³⁶⁹Enzo MATTINA, « Subsidiarité, démocratie et transparence. » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n. 4.

³⁷⁰Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4e éd., Paris, Litec, 2010, 830. p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

209. La plupart des compétences exclusives de la Communauté étaient, avant le traité de Lisbonne, devenues exclusives par exercice. On pouvait considérer que tous les domaines de compétences étaient des domaines de compétences concurrentes appelés à devenir, à terme, des compétences exclusives.

Les États conservaient formellement le pouvoir de légiférer et de passer des accords internationaux mais étaient limités par le principe de loyale coopération, selon lequel les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre leurs obligations résultant du traité et ne pas nuire au bon fonctionnement de l'Union Européenne³⁷¹. Selon la théorie de la préemption, une fois la compétence de l'Union Européenne exercée dans sa totalité, les États ne peuvent plus faire valoir que leurs compétences administratives et judiciaires. Selon un partage vertical des compétences, ils demeurent en mesure d'élaborer des normes d'application du droit de l'Union Européenne.

210. Théoriquement, les États étaient privés de leurs compétences normatives dans des domaines devenus de compétences exclusives après expiration d'un certain délai³⁷². Cependant, les États pouvaient exercer leurs compétences si la Communauté n'était pas intervenue afin d'éviter un vide juridique. L'exercice de leurs compétences s'effectuait alors sur autorisation de la Communauté, sous contrôle et autorisation de cette dernière. Les compétences concurrentes seraient en réalité des compétences successives³⁷³.

L'identification de cette seconde catégorie de compétences exclusives divisait parfois les interprètes. La question se posait en particulier de savoir si le principe de subsidiarité s'appliquait aux compétences que la Communauté aurait commencé à exercer de façon partielle, des compétences exclusives en devenir. La question se posait de savoir si de telles compétences pouvaient être remises en question par l'article 5§3. Le traité de Lisbonne ne prive pas ces questions de toute pertinence dans la mesure où il semble difficile de croire que l'instauration de listes de compétences exclusives et partagées rende figées ces dernières.

³⁷¹ Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, art.4, §3

³⁷² Herve BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la Communauté et ses Etats membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4 pp. 389-338.

³⁷³ Vladimir CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité. » *RTDE*, 2005 41(2), p. 728.

2. Les effets de l'insertion dans le traité de Lisbonne de listes de compétences

211. Il s'agit d'établir si l'insertion, dans le traité de Lisbonne, d'une liste de compétences exclusives ³⁷⁴ pourra résoudre tout problème d'identification des compétences exclusives de l'Union Européenne et ainsi clarifier le champ d'application du principe de subsidiarité. La question se pose de savoir si la liste de compétences exclusives posée par le traité de Lisbonne est ouverte. Autrement dit, la Cour Suprême, en appliquant les critères appliqués avant le Traité de Lisbonne serait-elle en mesure de découvrir de nouvelles compétences, rendues exclusives par leur exercice par l'Union Européenne. Cette liste ne semble pas exhaustive. Il apparaît probable que le législateur de l'Union Européenne ait entendu permettre le développement des compétences de l'Union Européenne.

En effet, le traité de Lisbonne n'octroie pas de nouvelles compétences exclusives à l'Union. Il dresse une liste des compétences : l'union douanière, l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro, la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, la politique commerciale commune, la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.

³⁷⁴Traité sur l'Union Européenne. *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/15. 9 mai 2008

Le traité de Lisbonne distingue trois types de compétences de l'Union, les compétences exclusives de la Communauté, où l'Union a seule compétence pour légiférer; les compétences partagées, domaines dans lesquels les Etats membres peuvent légiférer tant que l'Union n'est pas intervenue et enfin les domaines où les Etats restent totalement compétents, l'Union ne pouvant qu'exercer des politiques d'appui ou de coordination (excluant toute harmonisation) du point de vue de l'aspect européen de ces domaines. La Politique Etrangère et de Sécurité Commune continue de bénéficier d'un régime spécifique. Le traité de Lisbonne permet ainsi de déterminer avec davantage de clarté les compétences de chaque niveau de pouvoir. Une telle évolution devrait contribuer, dans une perspective démocratique, à responsabiliser chacun d'entre eux.

B. L'indétermination du champ d'application du principe de subsidiarité dans les domaines de compétences partagées

212. Si le principe de subsidiarité s'applique principalement à des normes de compétences partagées, la question se pose de savoir s'il s'applique aux compétences étatiques lorsque l'Union Européenne interviendra à titre complémentaire et, à l'inverse, aux domaines où l'intégration est forte. Il s'applique de façon privilégiée, mais pas exclusivement, aux compétences récentes et à portée générale.

213. L'article 5 s'appliquant aux compétences partagées, il devrait, en principe, être applicable non seulement aux compétences partagées mais aussi aux compétences complémentaires³⁷⁵. Ces domaines étant de compétence étatique³⁷⁶, la priorité d'action revient aux États. Le droit étatique prime donc. On peut s'interroger dans ce cas sur l'interprétation de l'article 5§3. Si dans un domaine de compétence complémentaire, les actions

³⁷⁵Cette question se posait déjà avant le traité de Lisbonne.

Charles EHLERMANN, « Quelques réflexions sur la Commission relative au principe de subsidiarité » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n. 4

La question se pose de l'applicabilité du principe de subsidiarité aux compétences « subsidiaires et de coordination ».

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C115 du 9 mai 2008, art. 352.

³⁷⁶Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C 83/52 *Journal officiel* de l'Union Européenne du 30 mars 2010, art. 6.

L'Union dispose d'une compétence pour mener des actions, pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne:

- a) la protection et l'amélioration de la santé humaine;
- b) l'industrie;
- c) la culture;
- d) le tourisme;
- e) l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport;
- f) la protection civile;
- g) la coopération administrative

Fondation Robert Schuman, Décembre 2007 (Mise à jour : Décembre 2009)

En ligne: www.robert-schuman.eu/fiches (consulté le 23 mars 2011)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

de l'Union Européenne et étatiques sont également efficaces, l'Union Européenne peut-elle agir ? Si tel est le cas, la norme étatique doit être appliquée en cas de conflit, ce qui semble confirmé par le principe de proportionnalité.

214. L'obstacle à l'application du principe de subsidiarité aux Communautés n'est pas tant sa décentralisation que l'absence de délimitation claire des compétences. Le principe de subsidiarité ne permet pas de pallier à l'opacité de la répartition de compétences, ni à son inadéquation avec la répartition de pouvoirs entre les institutions de l'Union Européenne.³⁷⁷

215. Le principe de subsidiarité permettait, à l'origine, d'organiser le pouvoir dans des systèmes où des ordres juridiques se superposaient tout en restant relativement indépendants. Il semble plus difficile à mettre en œuvre lorsque les niveaux de production du droit sont indissociablement liés. Ce monisme s'accroît avec le temps, raison pour laquelle le principe de subsidiarité s'applique principalement à un « droit frais », encore distinct du droit national qu'il n'aurait pas eu le temps d'imprégner.

Il est souvent impossible d'opérer une distinction radicale entre le droit de l'Union Européenne et les droits nationaux. Les décideurs qui adoptent les textes de l'Union Européenne sont des élus nationaux qui laissent une certaine marge de manœuvre au droit national.³⁷⁸ Par ailleurs, une part importante des droits nationaux provient initialement de l'Union Européenne, invisible puisqu'incorporée au droit national. Les directives une fois transposées et la jurisprudence de l'Union Européenne influencent le droit interne sans que l'on puisse évaluer l'étendue exacte de cette influence dans la pratique.

216. Le principe de subsidiarité s'applique uniquement aux normes de portée générale. Cependant, s'applique-t-il au législateur seul ou s'applique-t-il également à l'action administrative, c'est-à-dire à l'exécution de la réglementation de l'Union Européenne et au contrôle de l'exécution ?

Si le principe de subsidiarité vise aussi l'action administrative, il ne s'y applique pas de la même façon qu'à l'action législative. Ces deux aspects du principe pourraient même aboutir à des résultats contraires. Au niveau législatif, le principe de subsidiarité favorisera le recours à la directive par rapport au règlement. Cependant, le recours à la directive pose des problèmes sous l'angle du contrôle. L'application d'une directive peut être décentralisée alors

³⁷⁷Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, p. 227.

³⁷⁸Francette FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *Revue des affaires européennes* 1998.1.pp.95-101.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

que l'application du règlement nécessite une intervention de la Commission, instance centrale. La Commission sera peu encline à laisser l'intervention à des autorités décentralisées si ces dernières n'agissent pas de façon suffisante. Le rapport Sutherland³⁷⁹ trouve une réponse à ce dilemme en préconisant d'appliquer des directives dans une première phase d'harmonisation et de les transformer au bout de plusieurs années en règlement³⁸⁰.

217. Le principe de subsidiarité ne joue pas de la même façon pour tous les objectifs fixés par le traité. Suivant la responsabilité de la Communauté, les institutions n'utilisent pas les mêmes instruments et ne font pas peser les mêmes contraintes sur les États membres. Quoique l'article 5§3 semblât, de façon théorique, concerner les trois piliers, il ne s'appliquait dans la pratique qu'au premier puisque la Communauté ne détenait dans les autres que des compétences d'encadrement³⁸¹. Le contrôle exercé sur les trois piliers n'est pas le même, le contrôle du premier pilier étant davantage juridique.

Si, avec le traité de Lisbonne, la structure en piliers disparaît, il n'en demeure pas moins que le contrôle du principe de subsidiarité par la Cour n'est pas le même lorsqu'il y a communautarisation des objectifs et dans les domaines où l'Union Européenne se contente d'encadrer les comportements.

-La communautarisation des objectifs

218. La question de la communautarisation des objectifs se pose dans l'arrêt *Cassis de Dijon* de 1979³⁸². Dans un contexte se rapprochant de celui de la subsidiarité, elle prévoit que les législations nationales sont acceptées si elles poursuivent un objectif reconnu par la Communauté. La compétence étatique n'est que provisoire. Les objectifs sont communautarisés dans la mesure où la compétence est, virtuellement, exclusivement de l'Union

³⁷⁹ Rapport Sutherland, Douzième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire, COM/95/500, (1994), *Journal officiel* n° C 254 du 29 septembre 1995, p. 1

³⁸⁰ Charles EHLERMANN, « Quelques réflexions sur la communication de la Commission relative au principe de subsidiarité » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n. 4.

³⁸¹ Dans les domaines de compétences étatiques, les institutions de l'Union Européenne n'ont qu'un pouvoir de promouvoir ou d'encadrer la collaboration, la coopération ou la coordination de l'action des États membres, elles peuvent prendre des actes non obligatoires dans ce but.

³⁸² *Cassis de Dijon*, Affaire 120/78, 20 février 1979, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:HTML>, (consulté le 22 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Européenne. L'article 5§3 a conduit à une généralisation de ce genre de jurisprudence.

219. La communautarisation des objectifs débouche, en arrière-plan, sur une communautarisation des compétences étatiques. Elle justifie le contrôle judiciaire du principe de subsidiarité. La communautarisation des objectifs peut également justifier une communautarisation des compétences mais aussi un simple encadrement des comportements³⁸³.

-L'encadrement des comportements

220. La Communauté exerce des compétences d'encadrement lorsque les compétences nationales et celles de l'Union Européenne coexistent sur un même objet. Les conclusions de l'avocat général Capotorti dans *Cassis de Dijon*³⁸⁴ font ressortir la préoccupation de la Cour d'encadrer les compétences étatiques afin d'assurer la cohérence du droit de l'Union Européenne³⁸⁵. Le contrôle exercé par la Cour est léger, en effet la Communauté n'impose pas une action étatique, elle se borne à en limiter les moyens. Seules des incompatibilités manifestes sont sanctionnées³⁸⁶. Les compétences de l'Union Européenne sont également encadrées.

C. Les conséquences de l'application du principe de subsidiarité aux seuls domaines de compétences partagées

221. L'application de mécanismes de subsidiarité uniquement aux domaines de compétences partagées peut avoir pour effet de privilégier ces domaines par rapport aux domaines de compétences exclusives (a), ce qui peut provoquer une tension entre le partage des compétences le plus efficace

³⁸³ Cf. la distinction entre communautarisation des objectifs et des compétences in Marc LE SOLLEU, « Subsidiarité judiciaire et sanctions », Liège, *REA LEA*, 1998, n1-2, pp. 108-112.

³⁸⁴ *Cassis de Dijon*, Affaire 120/78, 20 février 1979, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:HTML>, (consulté le 22 novembre 2013)

³⁸⁵ Marc LE SOLLEU, « Subsidiarité judiciaire et sanctions », Liège, *REA LEA*, 1998, n1-2 note 106, p. 23.

³⁸⁶ CJCE, Avis 1/94, 15 novembre 1994, Recueil de jurisprudence, 1994.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

et le partage des compétences correspondant le mieux aux aspirations de la population (b).

a. L'orientation de l'identification de la base juridique

222. La Cour aura tendance à trancher un conflit entre deux normes en faveur de l'« entité englobante ». Ce faisant, si la norme contestée touche à deux domaines, l'un de compétence partagée l'autre de la compétence exclusive des États, la Cour pourrait être encline à considérer que la norme porte sur le domaine de compétence partagée afin de reconnaître la compétence de l'Union Européenne³⁸⁷. C'est donc en se référant à ce domaine que la Cour de justice établira quelle entité peut agir de façon plus efficace. Certains objectifs, tels que l'efficacité du marché se retrouvent alors avantagés par rapport à d'autres.

Nous observerons qu'une telle interprétation demeure rare dans la pratique. Lorsque la Cour de justice doit choisir entre deux bases juridiques, il arrive plus souvent qu'elle ait à trancher entre compétence exclusive de l'Union Européenne et compétence partagée. La Cour de justice reconnaît alors le plus souvent le second type de compétence, ce qui permet une large application du principe de subsidiarité.

223. La question se pose en des termes semblables en droit canadien. L'application de certains mécanismes de subsidiarité dépend de l'identification par la Cour Suprême du caractère véritable d'une loi.

b. La conciliation d'objectifs d'efficacité et de démocratie

224. Lorsque la population aspire à la poursuite d'un objectif de compétence exclusive des États, la Cour, en considérant que la norme porte sur un domaine de compétence partagée, peut assurer une efficacité optimale du droit dans ce domaine sans pour autant répondre aux aspirations populaires. En effet, elle reconnaîtra que l'« entité englobante » est plus efficace dans ce domaine sans rechercher quel niveau de gouvernement aurait été le plus efficace si la norme avait été fondée sur un autre chef de compétence.

³⁸⁷ British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Si la Cour pouvait appliquer le principe de subsidiarité à tous les domaines, une telle tension n'existerait pas. En effet, la Cour serait plus objective dans l'identification de la base juridique autorisant un niveau de pouvoir à intervenir dans le domaine de la norme contestée. L'équilibre entre les différents objectifs poursuivis par l'« entité englobante » étant rétabli, le niveau de gouvernement le plus efficace serait nécessairement celui assurant au mieux les intérêts démocratiques.

Outre l'indétermination des critères de démarcation du champ d'application du principe de subsidiarité, celle des critères du principe de subsidiarité contribue donc à rendre sa mise en œuvre difficile.

Sous-section 2. L'indétermination du lien entre subsidiarité et proportionnalité

225. En droit de l'Union Européenne, proportionnalité et subsidiarité ne sont pas toujours clairement distinctes (§1). Il n'existe pas de référence explicite au principe de proportionnalité en droit canadien, pourtant, la question de la complémentarité des compétences fédérales et provinciales et de l'étendue de chacune s'y pose également (§2).

§1. La frontière tenue entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne

226. La formulation de l'article 5UE peut laisser planer un doute sur les relations entre proportionnalité et subsidiarité. En effet, la Communauté n'intervient que « si et dans la mesure où » les deux critères sont remplis. Cette prise en compte de l'intensité de l'action relève du principe de proportionnalité. Cette formulation a engendré une confusion de la Cour dans plusieurs arrêts. Dans *British American Tobacco Product* « l'intensité de l'action entreprise par la Communauté en l'espèce a également respecté les exigences du principe de subsidiarité en ce qu'elle n'a pas excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser ³⁸⁸ ».

227. Il ne suffit pas, pour distinguer ces notions, d'affirmer que la subsidiarité serait un test de la nécessité de l'intervention. En effet, pour

³⁸⁸ *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, Rec. I-11453, points 184, AJDA 2003. 377, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; Rev. crit. DIP 2003. 536, note M.-N. Jobard-Bachellier et J.-S. Bergé

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

respecter le principe de proportionnalité, l'intervention de l'Union Européenne ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qu'elle poursuit. La distinction entre une nécessité de la compétence et de son déclenchement dans le cas de la subsidiarité, et une nécessité de l'acte et de l'intensité de l'exercice de la compétence dans le cas de la proportionnalité, semble fragile.

La Cour pour mieux appliquer l'article 5TUE devrait, conformément à ce qu'il prescrit, analyser la subsidiarité avant la proportionnalité.

Les principes de subsidiarité et de proportionnalité n'entraînent pas les mêmes rapports dans les domaines de compétences concurrentes (A) et dans les domaines de compétences parallèles(B).

Si dans les domaines de compétences concurrentes, le respect du principe de proportionnalité est examiné lors du test de l'efficacité comparative, dans le cadre du contrôle du principe de subsidiarité, l'article 5§4 du traité sur l'Union Européenne reprend tout son sens dans les domaines de compétences parallèles. La jurisprudence de la Cour de justice a joué un rôle crucial dans l'interprétation des compétences concurrentes et coexistantes³⁸⁹, exerçant ainsi une influence indirecte sur le principe de subsidiarité.

A. Les recoupements entre le second test du principe de subsidiarité et le critère de proportionnalité dans les compétences concurrentes

228. Si la Communauté intervient dans des domaines de compétences concurrentes, elle utilise nécessairement des instruments contraignants pour les États. La question de l'intensité de l'intervention de l'Union Européenne est, par conséquent, partiellement réglée en même temps que celle de son déclenchement.

³⁸⁹ *DonatoCasagrandec. Landeshauptstadt München*, Affaire 9/74, 3 juillet 1974, Rec.1974, p.773, La politique sociale est un domaine de compétence concurrente.

Commissiondes Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, Affaire C-103/01, 22 mai 2003

Tout ce qui relève du marché intérieur, de la protection de l'environnement, de la protection des consommateurs, des transports, de l'énergie, de la recherche et développement. La plupart des domaines relèvent des compétences concurrentes.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Selon certains auteurs, le critère de la proportionnalité est englobé par la nécessité ; l'action entreprise ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif recherché. Dans la mesure où une action de la Communauté exclut l'action des Etats, il semble que subsidiarité et proportionnalité ne puissent être totalement dissociées. L'article 5§3 comporterait donc des éléments de proportionnalité. La Commission précise que lors du test d'efficacité comparative, elle doit observer quels sont les moyens à la disposition des Etats membres pour atteindre un objectif. De même le Conseil d'Edimbourg considère que l'action de l'Union Européenne doit présenter des avantages manifestes en raison de ses dimensions ou effets sur l'action étatique³⁹⁰.

La comparaison entre l'action des Etats membres et celle de la Communauté se fait sur la base d'un critère de nécessité, du caractère approprié ou non de l'action envisagée. Or il s'agit d'instruments de contrôle de la proportionnalité ³⁹¹. L'article 5§3 contient donc les éléments d'une proportionnalité d'interprétation permettant de déterminer si la Communauté doit agir. Cette question semble indissociable de celle de déterminer comment la Communauté peut agir.

229. Cependant, en l'inscrivant dans l'article 5§4 les auteurs ont souhaité dissocier les deux principes. Les normes doivent donc subir le test de l'article 5§4 même si elles ont réussi le test de l'article 5§3. En effet, le législateur de l'Union Européenne ne légifère pas vainement ; l'article 5§4 ne doit pas être vidé de son sens³⁹². L'alinéa 3, plus général, s'intéresse à la façon dont la Communauté doit agir. Si le test d'efficacité comparative s'intéresse à la proportionnalité d'une action de l'Union Européenne dans les domaines de compétences concurrentes, le contrôle du principe de proportionnalité ne se limite pas au test d'efficacité comparative. Dans les « compétences concurrentes », l'action des Etats membres s'exerce là où l'Union n'est pas

³⁹⁰ La question de déterminer si l'effet contraignant de l'instrument en question est proportionnel aux objectifs poursuivis. Il ne semble donc pas nécessaire de déterminer si l'intensité et la nature de l'action de l'Union Européenne sont adéquates mais seulement si la Communauté devait agir ou non. Le contrôle de l'action de la Communauté deviendrait binaire: elle occuperait tout le champ législatif ou n'interviendrait pas.

³⁹¹ Koen LENAERTS, Patrick VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité C.E. », *Cahiers de droit européen*, 1994, pp. 3-83.

³⁹² Une partie de la doctrine considère que l'article 3B al2 ne fait pas référence à la proportionnalité. Jacques ZILLER, « Le principe de proportionnalité », in *AJDA*, juin 1996, pp. 185-188.

intervenue.³⁹³ Il s'agit d'une modalité transitoire d'organisation des compétences. L'intervention de l'Union Européenne se substitue aux règles nationales, le principe de proportionnalité ne se limite donc pas à celui de subsidiarité³⁹⁴.

D'ailleurs, le principe de proportionnalité continue de s'appliquer aux domaines de compétences exclusives. En effet, l'intervention de l'Union Européenne n'exclut pas toute intervention étatique³⁹⁵. Cela montre que le principe de proportionnalité n'est pas totalement contrôlé dans les domaines de compétences concurrentes.

B. Une distinction plus nette des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans les domaines de compétences parallèles

230. Les domaines de compétences parallèles sont les domaines où les États et la Communauté peuvent intervenir simultanément. Les législations

³⁹³Herve BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la Communauté et ses Etats membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4 p. 389-338.

Marc LE SOLLEU, « Subsidiarité judiciaire et sanctions », Liège, *REA LEA*, 1998 n1-2, pp. 108-112

³⁹⁴Certaines compétences à l'origine concurrentes ont été consacrées par le traité de Lisbonne comme des compétences exclusives; c'est le cas de la politique commerciale commune. D'autres, telles que les transports, ont été classées dans la liste des compétences. Le terme « compétences concurrentes » en droit de l'Union Européenne ne désigne pas le même type de compétences qu'en droit canadien où il décrit des matières où les lois de deux niveaux de gouvernement peuvent se compléter dans la mesure où il n'y a pas de conflit de loi.

Le mécanisme de la théorie canadienne de la préemption et celle du champ occupé peut-être comparé à la façon dont les compétences concurrentes interagissent en droit de l'Union Européenne. Dans les deux cas, l'intervention de l'entité centrale limite l'intervention de l'entité englobée dans tous les domaines de la compétence visée et non seulement dans la mesure de la contradiction entre les deux normes.

³⁹⁵ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel de l'Union Européenne*C115/201

étatiques et celles de l'Union Européenne coexistent³⁹⁶, ce qui rend difficile la délimitation de la frontière de leurs compétences respectives qui s'enchevêtrent. Leurs incursions réciproques comportent deux risques. Le premier étant que la Communauté tende à se substituer aux États. Le second au contraire que les États neutralisent l'exercice par la Communauté de ses compétences. Les compétences parallèles peuvent être complémentaires ou subsidiaires.

Lorsque la Communauté exerce ses compétences d'encadrement, la Communauté et les États agissent conjointement pour atteindre un objectif. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont, par conséquent, clairement distincts. L'article 5§4 prend tout son sens.

§2. La « proportionnalité » en droit canadien

231. Si elle n'est pas expressément nommée ainsi, la question de la proportionnalité des interventions provinciales et fédérales se pose en droit canadien. L'interprétation de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 n'est pas sans influence sur l'application de la subsidiarité.

Or, la Cour suprême a clairement opté pour une méthodologie visant à identifier le caractère véritable (« pith and substance ») de la loi contestée, pour ensuite, tenter de rattacher ce caractère véritable aux chefs de compétence attribués aux articles 91 et 92³⁹⁷. Il s'ensuit que, tous les pouvoirs étant distribués au Canada – il ne peut exister de « vide constitutionnel » –, tout problème peut aussi, d'une façon ou d'une autre, être rattaché aux catégories des sections 91 et 92. Cela ne signifie pas qu'il existe un principe philosophique permettant la classification de tout sujet ou problème. Selon certains auteurs, tenter de rechercher un tel principe pourrait s'avérer vain ; une simplification excessive d'un système de partage des

³⁹⁶« Les compétences partagées dans le traité de Lisbonne: Les États exerçant leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Elles sont le marché intérieur, la politique sociale, pour les aspects définis dans le présent traité ; la cohésion économique, sociale et territoriale ; l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer ; l'environnement ; la protection des consommateurs ; les transports ; les réseaux transeuropéens ; l'énergie ; l'espace de liberté, de sécurité et de justice ; les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le traité de Lisbonne ; la recherche, développement technologique, espace ; la coopération au développement et aide humanitaire», en ligne:www.robert-schuman, (consulté le 12 juin 2012).

³⁹⁷ Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3.

compétences pourrait même conduire à la fin du fédéralisme³⁹⁸. Des groupes d'intérêts pourraient ainsi tenter de manipuler à leur fin le système de partage des pouvoirs. Une caractéristique du fédéralisme est que chaque organisation tente d'octroyer le plus de pouvoir possible au niveau de gouvernement qui représente le mieux ses intérêts.

232. Lorsque les deux niveaux de gouvernement agissent de concert, l'application du principe de subsidiarité peut s'accompagner d'interrogations sur la « proportionnalité » des interventions des deux niveaux de gouvernement.

233. Le développement de la théorie du chevauchement, résultant de l'esprit de la subsidiarité, pose la question de l'évaluation de l'étendue des compétences fédérales et provinciales. Cette question de la proportionnalité des interventions de chaque ordre de gouvernement n'est pas sans rétroagir sur les mécanismes de la subsidiarité.

En droit de l'Union Européenne, la notion de compétence concurrente, selon laquelle une compétence, une fois exercée, « exclut la possibilité d'une compétence concurrente des Etats membres »³⁹⁹, était, avant même le traité de Lisbonne, en déclin par rapport à celle de compétence partagée.

Une évolution comparable peut être observée en droit canadien puisque le partage des compétences semble avoir évolué d'une conception classique (1) à une conception moderne (2), ce qui n'est pas sans influence sur l'interprétation des mécanismes de subsidiarité(3).

1. Le déclin de la théorie classique des « compartiments étanches »

234. Selon le principe d'exclusivité, il n'existe qu'un seul ordre de gouvernement compétent pour légiférer pour chaque matière donnée. Il s'agit d'un principe essentiel dans le partage des compétences au Canada⁴⁰⁰. Ce principe est lié à celui de l'autonomie des ordres juridiques.

Selon une conception classique du partage des compétences, on considère que les pouvoirs des niveaux de gouvernement constituent des

³⁹⁸William Ralph LEDERMAN. « Unity and diversity in canadian federalism: ideals and methods of moderation » , *Revue du barreau canadien* 1989 n. 53, pp. 597-620.

³⁹⁹Les Etats ne pourraient par la suite agir que sur autorisation, Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4e éd., Paris, Litec, 2010, 830 p.

⁴⁰⁰*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art. 91, 92 et 93.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

compartiments étanches⁴⁰¹. Dans ce « fédéralisme dualiste », les zones de contacts entre les interventions fédérales et provinciales devraient, selon cette conception, être réduites au minimum⁴⁰².

235. La coexistence des législations fédérale et provinciales, quoique accentuée par une conception moderne du partage des compétences, a toujours été possible. Dans l'arrêt *General Motors of Canada*, la Cour affirme que « historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux⁴⁰³ ».

2. Une conception moderne favorable à la coexistence des lois

236. Dans une conception moderne du partage des compétences, les chevauchements sont mieux acceptés, c'est par exemple le cas dans la décision *Banque canadienne de l'Ouest*⁴⁰⁴.

Les domaines étudiés ici, comme de nombreux domaines aujourd'hui, interpellent les deux niveaux de compétences. La plupart des grands problèmes économiques et sociaux à propos desquels intervient l'Etat nécessitent en effet une intervention des deux niveaux de gouvernement.

237. Deux lois peuvent se chevaucher sans que l'une d'elles ne soit *ultra vires*⁴⁰⁵. Si deux lois valides occupent le même champ, leur caractère opérant dépendra du fait qu'elles soient complémentaires ou en conflit⁴⁰⁶. Deux lois occupant le même champ seront appliquées simultanément. Cependant, la clause finale de l'article 91, prévoit que la loi fédérale aura

⁴⁰¹*AG for Canada v. AG for Ontario*, [1937] AC 326, p. 354.

⁴⁰²Bruce RYDER, « The demise and rise of the Canadian federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and first Nations », *Mc Gill Law Journal*, 1991 vol 36 p. 308.

⁴⁰³*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, §59

⁴⁰⁴*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3

⁴⁰⁵*Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113

⁴⁰⁶Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 5e éd., rev. et augm., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011. 772 p.

prépondérance sur la loi provinciale en cas de conflit⁴⁰⁷. Pour que la loi fédérale soit prépondérante, le conflit ne doit pas seulement être potentiel ; il doit être actuel et opérationnel⁴⁰⁸. Si les deux lois ne sont que semblables, chacune ayant valablement été adoptée, il n'y a pas de conflit. Le conflit peut résulter de l'impossibilité d'appliquer les deux lois⁴⁰⁹ ou du fait que l'application de la loi provinciale contrecarrerait les objectifs d'une loi fédérale valide⁴¹⁰. La doctrine de l'exclusivité et celle de la prépondérance apparaissent donc des exceptions à la conception moderne du partage des compétences.

La relative remise en cause de la théorie de l'intérêt national au profit de la compétence relative au droit criminel, sur laquelle il est plus facile de se fonder pour défendre la constitutionnalité d'une loi fédérale, semble participer de cette dynamique moderne de reconnaissance de législation de double aspect⁴¹¹.

3. L'influence du chevauchement sur les compétences provinciales

238. La question se pose de savoir dans quelle mesure un conflit entre deux lois peut être interprété de façon restrictive afin de préserver la loi provinciale lors de l'application de la théorie de la prépondérance fédérale, conformément à l'esprit de la subsidiarité⁴¹².

⁴⁰⁷Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd., [1963] 2 All E.R. 658 p. 107 Il serait impossible de parvenir à une distinction nette et précise et que certaines catégories de sujet attribuées aux législatures provinciales se confondraient inévitablement avec quelques unes des catégories de sujets attribuées dans l'article 91.»

⁴⁰⁸Multiple Access Ltd c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121

Rothmans, Benson and Hedges c. *Saskatchewan*, [2005] 1 RCS 188

Banque canadienne de l'Ouest, [2007] 2 R.C.S. 3

⁴⁰⁹P.G. Québec c. Lechasseur, [1981], 2RCS 228

⁴¹⁰Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121

⁴¹¹Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3

R. v. Hydro-Québec, [1997] 3 S.C.R. 213

⁴¹²La doctrine de l'aspect et celle des pouvoirs ancillaires peuvent être l'occasion de la coexistence de deux lois, fédérale et provinciale, portant sur un même sujet. Lorsqu'une loi est valide par la doctrine de l'aspect, elle peut

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

La doctrine du chevauchement⁴¹³ et celle du double aspect visaient à l'origine à éviter des extensions à outrance des compétences fédérales par le biais de la prépondérance fédérale, puisque la conception moderne du partage des compétences permet, dans certains cas, aux provinces d'intervenir dans des domaines qui seraient autrement de compétence exclusivement fédérale⁴¹⁴.

Il peut être craint qu'elle devienne pour le fédéral un moyen de valider toutes ses interventions dans des domaines ayant un aspect fédéral ; encore faut-il, toutefois, que le caractère véritable de l'intervention législative fédérale se rapporte à un champ de compétence fédéral. La conception classique du partage des compétences protégeait en effet les compétences provinciales, en limitant les chevauchements et la prépondérance de lois fédérales.

239. Il semble qu'un système de fédéralisme coopératif où les législations provinciales et fédérales se complèteraient et se coordonneraient pour atteindre les objectifs visés ne soit pas sans avantage. Un tel système favoriserait les pouvoirs des provinces puisqu'il nécessiterait un accord fédéral-provincial préalable.

Selon Shapiro, la superposition des régimes de régulation n'est pas un problème. La concurrence créée par le « fédéralisme polyphonique » encourage plusieurs niveaux de pouvoir à agir, quitte à engendrer une redondance. Cela favorise le dialogue et la pluralité. Dans cette perspective, les tribunaux ne devraient pas systématiquement invalider les lois provinciales sous prétexte d'éliminer tout obstacle potentiel à l'achèvement des objectifs

être rattachée à une compétence de l'article 91. En revanche, la doctrine des pouvoirs ancillaires permet de reconnaître la validité d'une loi qui est nécessaire, dans un contexte donné, à rendre valide une loi de compétence fédérale.

⁴¹³*Tennant v. Union Bank of Canada*, [1884] AC 31

Bora, Laskin. « Peace, Order and good government re-examined. » *Revue du barreau canadien*, 25(10): 1054.

⁴¹⁴L'opinion du juge Dickson est analysée dans Ken SWINTON, « Dickson and Federalism: in search of the Right Balance » , *Man Law Journal*, (1991) 20 *Man. Law Journal* 483., en ligne: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/manitob20&div=37&id=&page> = (consulté le 21 février 2014)

Brian SCHWARTZ, « Dickson on Federalism: The First Principle of his Jurisprudence » , *Man Law Journal*, 1991, p. 473.

Bruce RYDER, « The demise and rise of the Canadian federalism : Promoting Autonomy for the Provinces and first Nations » , *Mcé Gill Law Journal*, 1991 vol 36, p. 308.

fédéraux⁴¹⁵. Ils devraient donc se prémunir contre la tentation de suppression systématique des plans de régulation locaux dans le but de favoriser la création d'une politique de régulation fédérale hégémonique.

Dans la décision *Québec c. Lacombe*⁴¹⁶, la juge dissidente Deschamps, invoquant le principe de subsidiarité dans la jurisprudence, considère que ce principe implique une interprétation stricte de la notion de conflit de loi. La Cour elle-même reconnaît que la théorie des compartiments étanches n'est plus d'actualité⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Christophe BEAUDOUIN, La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne: redistribution des lieux de pouvoir, nouvelles manières de dire le droit et légitimité démocratique dans l'Union Européenne, Paris 5, 2013, en ligne: <<http://www.theses.fr/2013PA05D002>> (consulté le 22 novembre 2013).

⁴¹⁶ Opinion dissidente de la juge Deschamps dans *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, §109, 110

⁴¹⁷ *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, §40, 41

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

240. La subsidiarité vise à limiter l'action de l'Union aux interventions nécessaires pour atteindre les objectifs prévus par le traité. Or, l'interprétation de ce principe pourrait ainsi donner lieu à de nombreux débats avant qu'un équilibre ne soit trouvé entre application descendante et ascendante⁴¹⁸.

Le principe de subsidiarité ne doit pas bloquer le développement futur de l'action de l'Union Européenne⁴¹⁹. Il est d'ailleurs à craindre qu'il ne soit invoqué de façon abusive contre des interventions légitimes de la Communauté par des partisans inconditionnels de la souveraineté étatique. Le principe de subsidiarité n'est pas un droit de veto pour les Etats membres. Cette seconde difficulté, envisageable à la lecture des traités, semble contournée lorsqu'on observe l'interprétation donnée de la subsidiarité par la Cour de justice. Il s'agit également de maintenir l'équilibre institutionnel et de conserver le droit d'initiative de la Commission. De plus, appliqué de façon descendante, ce principe doit être coordonné avec d'autres principes du système de l'Union Européenne tel que celui d'égalité de traitement, qu'il peut contredire.

⁴¹⁸Girolamo STROZZI, « Le principe de subsidiarité, une énigme et beaucoup d'attentes » , *Revue trimestrielle de droit européen* ISSN 0035-4317. - N.3 (Jui-Sep.1994), p.373-390.

⁴¹⁹Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013): « Mais, si la subsidiarité reste encore souvent factice - et il y a là une responsabilité propre de la Commission, que je n'ai pas cherché à éluder - il existe aussi, de la part du Conseil et des Etats membres, une référence abusive à la notion de subsidiarité, pour refuser un progrès relevant de l'action de l'Union Européenne ou pour réduire la portée d'une décision prise. Cette pratique se développe dans des domaines d'action de l'Union Européenne prévus expressément dans les traités, sous prétexte que seules des solutions nationales permettraient de réaliser de façon satisfaisante l'objectif commun(...)».

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

241. Les risques d'une instrumentalisation descendante de la subsidiarité demeurent limités. Les détracteurs de l'Union Européenne se réfèrent peu à ce principe. Considérant que l'État constitue la seule source de légitimité, ils pensent que la subsidiarité ne saurait légitimer nul transfert de compétences à l'Union Européenne. Peu importe qui les met en place, Communauté ou États membres, les objectifs poursuivis par l'Union Européenne demeurent ceux définis par les institutions européennes. Si ces objectifs ne sont pas légitimes, leur application par les États membres dans le respect du principe de subsidiarité ne saurait y remédier. Ainsi la subsidiarité a-t-elle parfois été soupçonnée d'être un prétexte pour renforcer la légitimité d'une Union boiteuse, destinée à conserver au sein de l'Union Européenne des États tels que le Danemark, et à favoriser un élargissement trop précoce, au détriment de l'intégration⁴²⁰. Le principe de subsidiarité aurait été mentionné par les institutions dans le but de détourner l'attention et les énergies des véritables problèmes que l'Europe doit résoudre⁴²¹.

A l'inverse, le principe de subsidiarité, tel qu'il est pour l'heure énoncé, pourrait être interprété comme une possibilité pour l'Union Européenne d'intervenir dans des champs réservés aux États puisqu'une intervention de l'Union Européenne reste envisageable dans des domaines de compétences concurrentes. Ce danger est particulièrement ressenti par les États fédéraux, soucieux de conserver une certaine souveraineté vis-à-vis de l'Union afin d'éviter leur propre morcèlement⁴²². Les États de formes différentes ne conçoivent en effet pas le principe de subsidiarité de façon similaire.

242. Une clarification des critères d'application et d'évaluation de la subsidiarité devrait imiter ce type de déséquilibre en simplifiant le choix entre application descendante et ascendante de la subsidiarité.

L'amélioration du contrôle de la subsidiarité nécessite une véritable comparaison entre les compétences des deux niveaux de gouvernement. Une telle comparaison ne peut avoir utilement lieu sans un affinement de ses termes par la jurisprudence.

Il s'agit d'abord, en droit de l'Union Européenne comme en droit canadien, de préciser le champ d'application de mécanismes de subsidiarité.

⁴²⁰Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, p. 227.

⁴²¹Emanuele GAZZO, « Lever le voile de la subsidiarité pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, pp. 221-226.

⁴²²Directive [89/552/CEE](#) du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

En droit de l'Union Européenne, la question demeure de savoir si la liste des compétences partagées est figée. Si tel n'est pas le cas, le principe de subsidiarité pourrait cesser de s'appliquer à des compétences partagées devenues exclusives. Il s'agit également de préciser si le principe de subsidiarité s'applique en des termes équivalents à toutes les compétences partagées, qu'elles soient parallèles ou concurrentes. Se pose d'abord la question de la distinction de ces deux types. La première concerne la distinction de ces deux types de compétences. Cette distinction permettra de déterminer dans quels cas la mise en œuvre du test du principe de subsidiarité implique l'évaluation de la proportionnalité de l'intervention européenne. Il s'agit ensuite de préciser si un changement de circonstances peut entraîner une réévaluation du principe de subsidiarité. Enfin, il reste à déterminer si le principe de subsidiarité est respecté lorsque la plus-value de l'action européenne est incertaine. En droit canadien, la question de l'applicabilité d'une forme de subsidiarité aux compétences concurrentes et aux compétences résiduelles se pose. Dans les deux cas, si l'on considère que la subsidiarité découle d'un principe politique structurel président au partage des compétences, elle doit être prise en compte dans la résolution de tout conflit normatif. Si, au contraire, on considère que la subsidiarité n'est qu'un principe fonctionnel ne dépassant pas le cadre de l'article 5 TUE en droit de l'Union Européenne et de l'article 91 de la loi constitutionnelle de 1867 en droit canadien, ses effets sont plus limités.

243. Il s'agit donc de préciser les modalités du test du principe de subsidiarité, même si l'élimination de toute incertitude relativement à son application semble impossible dans la mesure où elle découle partiellement de sa nature ambivalente et dynamique.

CONCLUSION DU TITRE I

244. La subsidiarité permet d'optimiser l'exercice des compétences. Dans ce but, elle peut profiter aux deux différents niveaux de pouvoir suivant le contexte de son application.

Un test permet de déterminer dans quel sens joue le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne. La mise en œuvre de chacune des étapes du test relatif au principe de subsidiarité et le lien entre les deux étapes comportent cependant des zones grises. Ce test, indispensable, ne permet pas d'écarter toute incertitude dans l'application du principe de subsidiarité. Les limites des critères d'application de la clause de commerce et de la doctrine paix, ordre et bon gouvernement ont été peu à peu réduites par la jurisprudence en droit canadien. Il n'est pas exclu que la Cour de justice procède de même, dans la mesure où elle a contribué à la précision d'autres principes de droit de l'Union Européenne.

245. Ces limites, en droit de l'Union Européenne comme en droit canadien, semblent partiellement irréductibles dans la mesure où elles découlent de la nature même de la subsidiarité. La frontière entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne est ténue. De façon comparable, lors de l'application de la clause de commerce, le mode d'évaluation du lien entre la disposition attaquée et l'ensemble législatif dans lequel elle s'insère ne s'est précisé qu'au gré de la jurisprudence.

Après avoir montré le rôle des institutions politiques européennes dans la définition et le contrôle du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne, nous chercherons dans un second titre à mesurer à quel point les institutions politiques pourraient préciser les modalités de contrôle du principe de subsidiarité. Il s'agit de déterminer si elles pourraient ainsi se prononcer seules sur l'aspect substantiel de la subsidiarité. Cela nous permettra de voir si, comme semblent l'indiquer les conclusions de ce titre, il est impossible d'éliminer toute considération factuelle du contrôle juridictionnel de ce principe. En droit canadien, la question en des termes différents dans la mesure où les mécanismes de subsidiarité sont principalement développés par la jurisprudence. Il est en effet possible que la Cour de justice se limite davantage dans le contrôle de la subsidiarité en raison de sa déférence envers les institutions politiques la précédant dans ce contrôle.

TITRE II. LE CONTROLE DE LA SUBSIDIARITE PAR LES INSTITUTIONS POLITIQUES

246. Alors que les institutions politiques européennes ont défini avec précision le principe de subsidiarité, les institutions politiques canadiennes ne se sont guères étendues sur la définition et l'application de la doctrine paix, ordre et bon gouvernement, de la clause de commerce ou sur la reconnaissance du principe de subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences⁴²³. Le droit constitutionnel canadien étant de common law, il appartient à la Cour suprême de se prononcer sur ces questions au fur et à mesure de sa jurisprudence. A la différence de l'Union Européenne, la contribution directe des institutions politiques à la définition de la doctrine paix, ordre et bon gouvernement ou de la clause de commerce semble minime.

247. Les institutions politiques, au niveau central (institutions de l'Union Européennes ou autorités politiques à l'origine de la fédération canadienne) (chapitre 1) et les institutions étatiques et infra-étatiques (chapitre 2) contribuent à assurer le respect de la subsidiarité. Il s'agit de déterminer si le contrôle institutionnel rend le contrôle juridictionnel de la subsidiarité superflu.

CHAPITRE 1. LE ROLE DES INSTITUTIONS POLITIQUES CENTRALES DANS LE RESPECT DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

248. Les institutions se sont attachées à préciser les critères d'application du principe de subsidiarité (section 1). Cette démarche contribue, avec l'instauration de nouvelles procédures, à renforcer le contrôle de la subsidiarité (section 2). Les Conseils européens et accords interinstitutionnels ont particulièrement renforcé la responsabilité de la Commission dans le contrôle de la subsidiarité.

SECTION 1. LA PRECISION DE LA SUBSIDIARITE PAR LES INSTITUTIONS POLITIQUES

249. Les institutions politiques de l'Union Européenne (sous-section 1) ont précisé comment le principe de subsidiarité devait être interprété. Au Canada la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement a été discutée par les dirigeants politiques de l'époque avant d'être inscrite dans la loi constitutionnelle (sous-section 2).

Sous-Section 1. La précision de la subsidiarité par les institutions politiques de l'Union Européenne

250. Dans son discours du 10 septembre 1992, Peter Schmidhuber⁴²⁴ rappelait qu' » au niveau de l'Union Européenne, le principe de subsidiarité s'applique à tous les organes. Chaque organe doit obligatoirement répondre à la question de savoir si une action envisagée est compatible avec le principe de subsidiarité. Cette exigence est également de rigueur lorsqu'une institution, par exemple le Parlement ou le Conseil, demande à une autre institution, par exemple la Commission, d'agir » .

⁴²⁴ Discours de Peter SCHMIDHUBER, Commission européenne, 10 septembre 1992, IP/92/702, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-92-702_fr.htm?locale=FR (consulté le 24 octobre 2013), point 3.

Les critères d'application du principe de subsidiarité sont précisés lors des Conseils européens (§1) et dans les accords interinstitutionnels (§2). La prévision du partage des compétences dans un domaine particulier peut limiter le contentieux relatif à l'application du principe de subsidiarité; l'exemple de la politique environnementale de l'Union Européenne est significatif (§3).

§1. La précision du contrôle du principe de subsidiarité par les Conseils européens

251. Le Conseil européen de Lisbonne distingue les règles de base juridiquement contraignantes telles l'article 5§3 et les actions pouvant être menées dans le cadre des nouveaux domaines de compétences conférés par le traité à l'Union. Le principe de subsidiarité s'applique selon le Conseil à la législation existante et future.

Trois conclusions ressortent du Conseil européen de Lisbonne.

La première concerne la justification par la Commission de toute initiative au regard du principe de subsidiarité, le Conseil doit faire de même s'il décide de modifier les propositions initiales de la Commission.

La seconde prévoit que le Conseil européen d'Edimbourg recevra un rapport de la Commission et du Conseil sur les mesures à prendre pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité, sur le plan pratique et sur le plan de la procédure.

252. Enfin, le Conseil européen d'Édimbourg étudiera un rapport réexaminant certaines règles de l'Union Européenne en vue de les adapter au principe de subsidiarité⁴²⁵. Le Conseil européen d'Édimbourg a répondu aux Conseils européens de Birmingham et de Lisbonne et a évalué la portée du principe de subsidiarité dans la pratique.

Il avait été prévu à Lisbonne que la Commission élaborerait un rapport à l'intention des chefs d'Etats et de gouvernements afin de réexaminer certaines règles de l'Union Européenne dans le but de les adapter au principe de subsidiarité. Le Conseil européen d'Edimbourg dépasse les obligations de motivation imposées à la Commission lors du traité de Lisbonne et confirme la rédaction d'un rapport annuel à l'intention du Parlement et du Conseil.

⁴²⁵Riccardo PERISSICH, « Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir. » *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n3, pp. 5-11.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

253. Le Conseil européen d'Édimbourg répond à la communication de la Commission européenne du 27 octobre 1992, à la résolution du Parlement européen du 18 novembre 1992 et aux travaux du comité des représentants permanents (COREPER) et du Conseil « Affaires générales »⁴²⁶. Il a adopté une « déclaration » concernant le principe de subsidiarité alors qu'un second référendum s'annonçait au Danemark⁴²⁷.

Il identifie les lignes directrices permettant l'appréciation, in concreto, de la conformité d'une mesure à l'article 5§3. Il pose un test en deux parties, une sorte de code législatif pour les institutions. Le Conseil européen d'Édimbourg a encadré la mise en œuvre du principe de subsidiarité par des procédures et pratiques institutionnelles où la Commission joue un rôle déterminant. On peut citer comme exemple la consultation des documents de base comme le livre vert ou la consultation plus large des États. L'introduction de ces mesures au Conseil d'Édimbourg devait avoir pour effet de calmer les débats autour de la ratification du nouveau traité. Le Parlement, quant à lui, organise un débat public avec la participation des deux autres institutions. Les principes établis rejoignent de par leur esprit ceux de la Commission.

254. A Édimbourg, la Commission a renouvelé son engagement de justifier toutes ses propositions d'actes juridiques eu égard à l'application du principe de subsidiarité et de retirer ou réexaminer diverses propositions ainsi que de réviser les dispositions réglementaires en vigueur⁴²⁸. La Commission doit jouer un rôle essentiel. Elle devra procéder à des consultations larges des États avant de proposer un texte législatif et se référer aux documents de

⁴²⁶ Avis du Parlement européen du 18 novembre 1992, JO C 337 du 21. 12. 1992, p. 142.

1613ème session du conseil - affaires generales -bruxelles, le 9 novembre 1992president : m. douglas hurd, ministre des affaires étrangères et du commonwealth du Royaume-Uni

Conseil de l'Europe - PRES/92/196 09/11/1992

⁴²⁷Hubert HAENEL, au nom de la délégation pour l'Union Européenne, Dialogue avec la Commission européenne sur la subsidiarité, déposé le 21 novembre 2007, rapport d'information n°88(2007-2008), en ligne: http://www.senat.fr/rap/r07-088/r07-088_mono.html, (consulté le 20 octobre 2013)

⁴²⁸ Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Édimbourg et Programme législatif de la commission, Édimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne: http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

base⁴²⁹. La Commission devra justifier l'opportunité de son initiative au regard du principe de subsidiarité dans ses considérants. La Commission va désormais refuser de donner suite aux demandes informelles du Conseil des Ministres ne respectant pas les procédures⁴³⁰. La Commission a rapidement dépassé les engagements pris à Édimbourg (achèvement du programme législatif du marché unique, perte du caractère actuel de certaines propositions, application stricte du principe de proportionnalité). Le Conseil européen d'Édimbourg a adopté l'approche globale de la Commission pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité et a conclu à l'utilité d'un accord interinstitutionnel⁴³¹. En cas de difficultés d'application, un des trois présidents peut demander une conférence interinstitutionnelle⁴³².

§2. La précision du principe de subsidiarité par les accords interinstitutionnels

255. Certains accords interinstitutionnels peuvent être reconnus comme juridiquement contraignants. « Bien que non assimilable au pouvoir constituant, les institutions semblent détenir une « fonction constituante » les autorisant à édicter, par le biais des accords interinstitutionnels, des règles juridiquement contraignantes qui viennent préciser et compléter les traités⁴³³ ». Dans le traité de Rome, la question de la légitimité de l'intervention de la Communauté était régie par le principe de proportionnalité et laissée à l'appréciation des institutions de l'Union

⁴²⁹Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union Européenne, Bruxelles, le 30 avril 2004, E2587-COM (2004) 334 final, en ligne: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0334fr01.pdf (consulté le 3 juillet 2013)

⁴³⁰François LAMOUREUX, « Monsieur subsidiarité. » *RAE*, 1993 1, pp. 46-48.

⁴³¹Jean-Claude GAUTRON, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité ? » , in *R.A.E.-L.E.A.*, 1998, n. 1&2, pp. 4-5.

⁴³²Sur la possibilité pour les présidents de demander une conférence interinstitutionnelle, consulter également: Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Édimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre 1993.

⁴³³Gaëlle MARTY, « Les accords interinstitutionnels : source de droit de l'Union Européenne ? » , VIème Congrès français de droit constitutionnel – AFDC Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005 Atelier 3 – Europe et Constitution.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Européenne⁴³⁴. L'idée d'un accord interinstitutionnel⁴³⁵ visant à faire du principe de subsidiarité une règle à comportement politique a été concrétisée avec l'entrée en vigueur du traité UE⁴³⁶. Le traité de Maastricht ayant consacré la subsidiarité, le Conseil européen d'Édimbourg des 10 et 11 Décembre 1992 a invité les trois institutions à rechercher un accord interinstitutionnel permettant son application effective, conformément à la communication de la Commission du 27 Octobre 92. L'idée d'un accord interinstitutionnel a d'abord été reprise par le Parlement⁴³⁷, puis approuvée par les chefs d'États et de gouvernements, sur la base d'un rapport rédigé par les ministres des affaires étrangères. L'accord fut adopté le 25 octobre 1993.

L'accord interinstitutionnel pose les bases de la future application du principe de subsidiarité en dégagant des critères de son application : nécessité de l'action au regard du traité, efficacité par rapport au problème que l'Union Européenne entend résoudre, cohérence de l'action par rapport à la globalité de l'action de l'Union Européenne, respect du principe de proportionnalité et en particulier de la règle de minimis, communicabilité de la mesure à l'opinion publique. La Communauté ne doit ni bouleverser l'équilibre institutionnel, ni retirer des compétences à la Communauté, ni freiner le développement de compétences de l'Union Européenne⁴³⁸.

⁴³⁴ Première conférence sur la subsidiarité organisée par le Comité des Régions, Berlin, 27 mai 2004, COR/04/49, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_COR-04-49_fr.htm?locale=FR (consulté le 2 septembre 2013)

« Les participants à la conférence sur la subsidiarité estiment qu'une « nouvelle culture politique » s'impose afin que la Constitution puisse combler le déficit démocratique » .

⁴³⁵ Michel PONIATOWSKI au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes, Rapport d'information n° 45, 12 novembre 1992, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1992/r92-45-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012), idée d'une « chambre de la subsidiarité » .

⁴³⁶ Vladimir CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité. » RTDE, 2005 41(2), p. 728.

La question du respect du principe de subsidiarité a été soulevée lors de la rédaction du Traité sur l'Union Européenne. *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/15. 9 mai 2008. dans un souci de transparence accru de la législation et de démocratie.

⁴³⁷ Résolution du Parlement européen, Bruxelles, 18 novembre 1992, JO C 337 du 21. 12. 1992, p. 142.

⁴³⁸ Jürgen SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, . » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne* 1993 70 615. pp. 24-32.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

256. Un tel accord vise donc à préciser quelle doit être l'intensité de l'action de l'Union Européenne en définissant les rapports entre institutions. Il permet de traduire de bonnes intentions en contraintes, de maintenir le droit d'initiative de la Commission⁴³⁹. Son objet est de définir, au travers des procédures régissant l'application du principe de subsidiarité, les modalités de l'exercice des compétences dévolues par les traités aux institutions de l'Union Européenne afin que les objectifs prévus par ceux-ci puissent être réalisés. Les trois institutions doivent veiller au respect du principe de subsidiarité dans le cadre de leurs procédures internes⁴⁴⁰, en ce qui concerne le contenu des propositions mais aussi dans le choix des instruments juridiques. Les dispositions suivantes y sont mentionnées : « Lorsqu'elle exercera son droit d'initiative, la Commission prendra en compte le principe de subsidiarité et justifiera son respect; il en ira de même pour le Parlement et le Conseil dans le cadre des compétences qui leur sont conférées respectivement aux termes des articles 192 (138 B) et 208 (152) du traité CE; lorsqu'elle exposera les motifs de ses propositions, la Commission justifiera la pertinence de celles-ci au regard du principe de subsidiarité; tout amendement éventuel au texte de la Commission, qu'il émane du Conseil ou du Parlement, devra s'accompagner d'une justification sous l'angle de la subsidiarité s'il a pour effet de modifier le champ d'intervention de la Communauté⁴⁴¹ ». Comme l'accord précédent, du 26 novembre 1992, cet accord vise à mettre en place des procédures permettant une meilleure application du principe de subsidiarité⁴⁴². L'accord interinstitutionnel « démocratie, transparence et subsidiarité » de 1993,

⁴³⁹Sur la valeur juridique des accords inter-institutionnels:

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/ai0035_fr.htm

Cf. égal. le compte rendu de l'atelier « Europe et Constitution du VI^e congrès français de droit constitutionnel des 9, 10 et 11 juin 2005 sur <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes3/MARTI.pdf>, (consulté le 10 Novembre 2013).

⁴⁴⁰Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Edimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre 1993, p. 128.

⁴⁴¹Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Edimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre, 1993.

⁴⁴²Parlement, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité, 25 octobre 1993, JOCE n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

adopté par les trois institutions, prévoit que la Commission doit, au moment où elle exerce son droit d'initiative en matière législative, justifier l'intervention de l'Union Européenne au regard du principe de subsidiarité. De plus, la Commission doit faire un rapport annuel au Parlement et au Conseil sur l'application de ce principe. Le protocole annexé au traité d'Amsterdam contient des dispositions extrêmement détaillées sur son application. La Communauté doit démontrer la nécessité de son intervention selon les critères tant quantitatifs, dimension de l'action envisagée, que qualitatifs, objectifs de l'action envisagée, selon un test d'efficacité comparative. Elle doit ainsi montrer qu'elle respecte le principe de subsidiarité.

La Commission doit privilégier le recours à des actes cadres, telles que les directives, plutôt qu'au droit de l'Union Européenne uniforme. Le Parlement et le Conseil des Ministres devront s'interroger sur la justification par la Commission de son intervention. S'ils amendent une proposition, ils doivent montrer que l'amendement respecte le principe de subsidiarité. Les textes déjà en vigueur, seront réexaminés par la Commission afin que les textes superflus soient abrogés, réformés vers une simplification des textes de l'Union Européenne. Cet accord interinstitutionnel entre en vigueur avec le traité sur l'Union Européenne⁴⁴³.

257. La doctrine interinstitutionnelle a débouché sur la reconnaissance dans les traités originaires d'une obligation pour les institutions de contrôler le principe de subsidiarité. Les accords interinstitutionnels ont, en quelque sorte, une « fonction d'anticipation ». Ils sont une sorte de « laboratoire d'essai » des réformes allant dans le sens de la constitutionnalisation de l'Union Européenne. Cela est particulièrement perceptible depuis Maastricht. Le principe de subsidiarité en fournit un exemple des plus probants. Plusieurs dispositions de cet accord interinstitutionnel ont été reprises dans un protocole annexé au traité d'Amsterdam, leur conférant ainsi la valeur d'une disposition de droit originaire. Les accords interinstitutionnels, anticipant les

⁴⁴³Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Edimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre 1993, p. 132.

Le rapport « mieux légiférer » du 16 décembre 2003 (JOCE n° C-321 du 31 décembre 2003, p. 1), ce rapport constitue une synthèse entre les différents accords interinstitutionnels intervenus en matière de transparence, démocratie et subsidiarité.

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

révisions des traités, constituent un moyen d'assurer le dynamisme de l'Union Européenne⁴⁴⁴. Les institutions semblent ainsi bénéficier d'une certaine légitimité pour modeler, de façon indirecte, le contenu des normes constitutionnelles européennes.

258. La doctrine interinstitutionnelle fut largement reprise par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité d'Amsterdam⁴⁴⁵. Le protocole annexé au traité d'Amsterdam impose à la Commission de justifier systématiquement ses propositions sur la base d'évaluations très complètes, il lui fournit un mode d'emploi en énonçant des « lignes directrices » et lui prescrit de « présenter chaque année au Conseil européen, au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'application de l'art.5 du traité ». Par ailleurs, le protocole confirme que les projets d'actes législatifs européens doivent être motivés au regard du principe de subsidiarité. Le traité constitutionnel préconise même l'utilisation d'une « fiche subsidiarité⁴⁴⁶ » comportant les éléments relatifs à cette appréciation. « L'article 5 du protocole n° 2 sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité renforce l'exigence de motivation en imposant que tout projet d'acte législatif comporte une « fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Cette fiche devrait comporter des éléments permettant d'évaluer son impact financier et, lorsqu'il s'agit d'une directive, ses implications sur la réglementation à mettre en œuvre par les États membres, y compris, le cas échéant, la législation régionale. Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible,

⁴⁴⁴Jean-Paul JACQUÉ, « La subsidiarité, rapport de l'Union Européenne », colloque FIDE, Rome, 1994.

⁴⁴⁵Ajoutant que le rapport annuel de la Commission sur son application serait également présenté, en plus du conseil européen et du Parlement Européen, au Conseil économique et social et au Comité des Régions.

⁴⁴⁶Un parallèle pourrait être fait « entre cette fiche de subsidiarité et l'obligation, établie lors de la révision de la Constitution française de 2008, faite au législateur d'assortir les projets de lois d'une étude d'impact. La justiciabilité de cette obligation devant le Conseil constitutionnel pourrait être éclairante pour le contrôle juridictionnel de cette fiche de la subsidiarité, d'autant que le contrôle des études d'impact s'articule de la même façon à travers un contrôle politique a priori et un contrôle juridictionnel a posteriori »

Bertrand BRUNESSEN, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne », 2012, en ligne: <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00804142>> (consulté le 14 novembre 2013).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

quantitatifs. Les projets d'actes législatifs tiennent compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre ». La fiche de la subsidiarité ne semble pas en mesure de prouver l'insuffisance de l'échelon national.

259. Les institutions ont chacune contribué à la précision de la subsidiarité. Ainsi, la Commission européenne a-t-elle inscrit cinq principes de bonne gouvernance dans le livre blanc de la gouvernance européenne, ce qui renforce le principe de subsidiarité⁴⁴⁷. Les conseils européens et accords interinstitutionnels ont également contribué à préciser les modalités d'application du principe de subsidiarité, ce qui contribue à un meilleur contrôle de ce dernier. Cependant, cette doctrine pose un cadre assez souple pour permettre un partage dynamique des compétences, mais insuffisant à jouer le rôle de régulation des compétences qu'il était destiné à remplir.

§3. L'application par les institutions politiques de la subsidiarité à l'environnement en droit de l'Union Européenne

260. Quoique la protection environnementale ne soit pas une préoccupation nouvelle, elle a acquis une ampleur particulière dans le débat européen de ces dernières années⁴⁴⁸. La logique d'intégration économique, à l'œuvre lors de la construction européenne, ignorait la rareté des ressources naturelles. Depuis la conférence de Paris des chefs d'États et de gouvernements des 19 et 20 octobre 1972, et au fil des réformes institutionnelles, l'enjeu environnemental est devenu une préoccupation essentielle de l'Union Européenne. Cette prise de conscience s'est en

⁴⁴⁷Gouvernance dans l'Union Européenne Un livre blanc, Bruxelles, le 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final, en ligne: Gouvernance.mht K:\Gouvernance dans l'Union Européenne Un livre blanc - Gouvernance.mht (consulté le 23 novembre 2013).

Dans son Livre blanc de la gouvernance européenne, la Commission dit que celui-ci porte sur la manière dont l'Union utilise les pouvoirs qui lui sont conférés par ses citoyens.

⁴⁴⁸ Nicolas DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », Droit et société, 2012 n80, http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=DRS_080_0073, (consulté le 10 décembre 2012)

particulier manifestée par nombre de régimes juridiques destinés à limiter les pollutions et nuisances et à protéger l'écosystème et ses composantes⁴⁴⁹.

261. C'est dans le domaine de l'environnement que la subsidiarité a été pour la première fois insérée dans le droit originaire. Avec l'Acte unique en 1987, l'environnement fit l'objet d'un titre spécifique (articles 191 à 193 TFUE ; anciens articles 174 à 176CE ; anciens articles 130 R à 130 S). L'ancien titre XIX du traité fut le premier à avoir consacré dans le droit de l'Union Européenne le principe de subsidiarité (ancien article 130 R § 4). Selon le président de la commission pour l'environnement, Ken Collins, la Commission devrait conserver un droit d'initiative en la matière, les états n'ayant qu'un pouvoir de contrôle⁴⁵⁰. La capacité de contrôle de certains États membres, qui ont un arsenal juridique mais pas de moyens économiques, est douteuse. En Janvier 1993, le Parlement s'est prononcé contre tout rapatriement des compétences.

262. Il existe plusieurs politiques environnementales, en fonction des différentes bases juridiques à partir desquelles sont adoptés les actes contribuant à protéger l'environnement. En vertu de l'article 4 §2 TFUE, la politique de l'environnement fait l'objet d'une compétence partagée. Par conséquent, le principe de subsidiarité s'applique en général à la politique environnementale.

Cependant, la politique environnementale étant transversale, elle englobe des matières qui relèvent de compétences exclusives, où la subsidiarité ne s'applique pas, et des domaines qui font l'objet de compétences d'appui, où la subsidiarité est nettement plus accentuée. Enfin, indépendamment de la base juridique sur laquelle se fonde la compétence de l'Union Européenne, la subsidiarité n'a pas le même impact dans tous les domaines où la Communauté détient des compétences d'harmonisation.

263. Certaines actions environnementales se fondent sur des compétences de nature exclusive, telles que la politique commerciale commune (article 3 § 1-d TFUE) 12 et « la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche » (article 3 § 1-d et e TFUE), comprenant la conservation des ressources

⁴⁴⁹ Bruit, déchets, substances chimiques, émissions aqueuses et atmosphériques) et à protéger les principaux écosystèmes (eau, air), de même que certaines de leurs composantes (faune et flore). On compte aujourd'hui plus de 300 actes réglementaires, soit près de 8 % du droit dérivé 2, dont la mise en œuvre suscite un contentieux foisonnant 3.

⁴⁵⁰Europe, 15 juillet 1992, n. 5772

naturelles et de la biodiversité. La subsidiarité ne s'applique donc pas dans ces domaines⁴⁵¹.

Certaines compétences d'appui, telles que la culture, le tourisme et la protection civile (article 6 TFUE) contribuent à préserver l'environnement⁴⁵². Pour ces politiques, il n'y a pas d'harmonisation mais une coopération et un appui financier de l'Union. La subsidiarité y joue par conséquent un rôle plus important que pour les compétences encadrées par les articles 191 à 193 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

264. Par conséquent, la politique environnementale a parfois été soupçonnée d'être utilisée comme un moyen de supprimer tout obstacle potentiel aux échanges plutôt qu'un but en soi. Avant le traité d'Amsterdam, imposant la codécision dans les deux domaines, le possible conflit de base juridique entre environnement et marché commun a, en effet, pu exploiter dans un objectif de développement du marché commun, les institutions utilisant la procédure de coopération, alors réservée à l'environnement pour créer des normes en réalité destinées à perfectionner le marché commun.⁴⁵³.

⁴⁵¹« Dans le domaine de la Politique Agricole Commune par exemple, non sans incidence sur le domaine environnemental, le principe de subsidiarité joue de moins en moins au fur et à mesure de la progression de l'intégration de l'Union Européenne.

⁴⁵²Par exemple, un grand nombre de parcs nationaux relevant du réseau Natura 2000 (compétence partagée) sont également protégés en vertu des législations nationales sur la protection des monuments et des sites, lesquelles sont généralement mises en œuvre au niveau national par les ministères de la culture (compétence d'appui). Dans le même ordre d'idées, eu égard aux risques d'inondations et de sécheresses qui résulteront du réchauffement climatique, l'Union devra à l'avenir prendre des mesures tant pour protéger l'environnement (compétence partagée) que pour améliorer la coopération entre les missions de protection civile (compétence d'appui) in De Sadeleer. N (2012), « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=DRS_080_0073, (consulté le 10 décembre 2012).

⁴⁵³Il a pu être reproché au traité sur l'Union, **de ne pas avoir simplifié les procédures de décision applicables dans le cadre de l'environnement**. De plus, un **conflit de bases juridiques s'est parfois posé entre la procédure « environnement » (article 175, ex-article 130 S, du traité instituant la Communauté européenne) et celle relevant du rapprochement des législations concernant le marché intérieur (article 95, ex-article 100 A du même traité)**. Le traité d'Amsterdam mentionne l'objectif du développement durable dans les missions de l'Union et prévoit le principe d'intégration de l'environnement dans les autres politiques. **Au**

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Alors que l'impact de la subsidiarité se traduit par une certaine décentralisation dans la politique relative aux émissions et aux milieux récepteurs (a) ou dans les actes environnementaux adoptés sur la base de l'article 192 TFUE, la politique des produits évolue dans le sens d'une certaine intégration (b).

a. La subsidiarité dans la politique relative aux émissions et aux milieux récepteurs

265. La subsidiarité est fortement décentralisée et minimaliste dans la politique relative aux émissions (normes de rejet) et aux milieux récepteurs (objectifs de qualité). Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne consacre expressément la notion d'harmonisation minimale à l'article 193 Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ancien article 176 TCE). Les actes, pour lesquels l'analyse du but et du contenu de la mesure démontre qu'ils correspondent à la réalisation d'un niveau élevé de protection de l'environnement et qui ne concernent qu'accessoirement la réalisation du marché intérieur, sont adoptés sur cette base juridique. Pour contrebalancer l'intervention européenne, le législateur européen privilégie le plus souvent les directives aux règlements et les directives cadres à des mesures détaillées.

La subsidiarité joue un rôle réel sur l'harmonisation des politiques ou les pratiques nationales, en particulier pour les actes environnementaux adoptés sur la base de l'article 192 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

b. Les exigences environnementales dans la politique des produits

sommet de Paris de juillet 1972, les chefs d'Etat et de gouvernement ont reconnu la nécessité de s'intéresser à l'environnement dans le cadre de l'expansion économique. Divers programmes d'action, fixant le cadre de la politique communautaire de l'environnement, furent lancés pour la période 1973-76. L'Acte unique européen en 1987 a constitué la réforme déterminante pour l'environnement, en instaurant un titre spécifique dans le traité instituant la Communauté européenne, permettant ainsi aux mesures communautaires de se fonder sur une base juridique explicite. L'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne en novembre 1993 a permis d'introduire le concept de « croissance durable respectant l'environnement » dans les missions de la Communauté européenne ainsi que le principe de précaution dans l'article fixant les fondements de la politique de l'environnement (article 174, ex-article 130 R, du traité instituant la Communauté européenne). L'environnement devient désormais une politique de l'union Européenne et non plus simplement d'action de la Communauté. En

ligne: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a15000_fr.htm (consulté le 20 novembre 2010)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

266. En raison du principe de prévention et de réduction de la pollution à la source (article 192 § 2 TFUE ; ancien article 175 § 2 TCE), les exigences environnementales sont progressivement intégrées dans la « politique des produits »⁴⁵⁴. À la différence des actes visant à protéger l'environnement, la politique européenne des produits repose sur des normes uniformes destinées à faciliter leur libre circulation⁴⁵⁵.

L'harmonisation apparaît donc comme un système à plusieurs vitesses, oscillant entre des régimes centralisés permettant aux entreprises d'exercer plus facilement leurs droits économiques et une politique où les États exprimeraient leurs revendications de façon plus nette⁴⁵⁶.

Les actes environnementaux adoptés sur la base de l'article 114 TFUE (95 TCE) dans le cadre de la politique du marché intérieur font souvent l'objet de règlements.

267. La mise en marché de certains produits (produits chimiques, OGM, biocides) est généralement encadrée par des règlements. Le règlement tend notamment à s'imposer dans le domaine de la sécurité des produits (pesticides, OGM, autres substances à risque)⁴⁵⁷. À défaut d'indication expresse dans le droit dérivé, les paragraphes 4 et 5 de l'article 114 TFUE autorisent les États membres à mettre en œuvre, moyennant le respect de certaines conditions, des mesures plus strictes que celles prévues par la norme d'harmonisation⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Exceptions: Les actes établissant les normes de produit sont des règlements adoptés sur la base de l'article 114 TFUE (ex-article 100A TCEE ; ancien article 95 TCE)

⁴⁵⁵ Par exemples: règlements et des directives relatifs aux « voitures propres », aux fuels, aux aliments, aux OGM, aux substances dangereuses, aux biocides et aux emballages adoptés sur la base de l'article 114 TFUE.

⁴⁵⁶ Aussi est-il possible d'exploiter aujourd'hui dans l'Union des installations classées en recourant à des technologies hétérogènes dans la mesure où il revient aux autorités d'apprécier le caractère excessif de leur coût alors que la mise sur le marché d'une voiture ou d'un tracteur exige le respect de normes d'émission communes à l'ensemble des États membres.

⁴⁵⁷ Règlement sur l'enregistrement, l'évaluation, l'autorisation et les restrictions des substances chimiques.

⁴⁵⁸ À la différence de l'article 193 TFUE (ancien article 176 TCE), qui consacre le principe d'une harmonisation minimale pour l'environnement.

Sous-Section 2. La précision politique de mécanismes de subsidiarité au Canada

268. Les négociations pré confédérales se focalisant sur un objet pratique, le principe de subsidiarité a peu été théorisé dans les origines de la confédération. Il ressort pourtant de la réflexion des pères de la confédération sur la nature de l'Union (1). Au XXe siècle, le débat sur l'indépendance du Québec a fait sentir la nécessité d'une réflexion plus élaborée sur ce principe (2).

1. L'absence de définition de la subsidiarité au moment de la mise en place de la confédération

269. Joseph Cauchon, journaliste et homme politique canadien, s'interrogeait en 1958 sur la nature de l'Union projetée entre les Provinces dans une étude assez emblématique des débats de l'époque relatifs au fédéralisme. Cauchon ne se réfère pas au principe de subsidiarité, mais le sens qu'il donne à l'union des provinces légitime le développement ultérieur de la clause de commerce par la Cour Suprême. Le commerce semble en effet être une cause principale de l'Union : « Peut-il y avoir pour le Canada dans l'union, d'autres avantages commerciaux que la liberté des échanges, et, cette liberté des échanges peut-elle s'obtenir sans l'Union politique des provinces et sans la consolidation des budgets ⁴⁵⁹ » ?

270. Plus loin, Cauchon identifie les motifs pouvant déboucher sur une union législative, or ces raisons correspondent sensiblement aux motifs d'intervention du parlement fédéral dans le cadre de la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement : « l'union, avec l'unité législative, de certain côté, serait bien la plus logique. Elle le serait au point de vue : du budget 2 du système colonial 3 des contrepoids et de l'équilibre américains 4 et des résultats immédiats de l'Union sous toutes ses formes⁴⁶⁰ ». Cauchon évoquait alors les dangers d'une remise en cause dans la pratique des principes du fédéralisme

⁴⁵⁹Joseph CAUCHON, *Etudes sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord Québec*, Typographie d'Augustin Coté, Archives nationales du Canada, 1858, p. 7.

V aussi p. 23, 24 où Cauchon privilégie la liberté des échanges à l'Union législative.

⁴⁶⁰ Joseph CAUCHON,, *Etudes sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord Québec*, Typographie d'Augustin Coté, Archives nationales du Canada, 1858, p. 8.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

au détriment des provinces⁴⁶¹. Il se réfère à l'expérience américaine pour présumer que l'interprétation juridictionnelle accentuerait cette limitation : « La Cour Suprême des États Unis, interprète sans appel de la Constitution fédérale, en efface une à une les libertés des États au profit de l'Unité et de la force nationale ». Cette idée correspond à une opinion couramment partagée lors des *débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du nord* : « Je m'oppose au projet de confédération parce que la première résolution est un non sens qui pêche contre la vérité. Ce n'est pas une Union Fédérale que l'on nous propose mais bien une Union législative déguisée. Le fédéralisme est passé bien loin de ce projet, qui concentre tout dans le pouvoir général⁴⁶² » .

271. On peut supposer que l'interprétation subsidiaire des compétences par le Conseil privé visait à calmer les inquiétudes exprimées au Bas Canada. En effet, les textes de l'époque ne prévoyaient pas une répartition des compétences conforme au principe de subsidiarité. L'opinion des différents Pères de la confédération, Mc Donald et Cartier⁴⁶³ en particulier, déboucha sur des dispositions analogues au futur article 91 lors de la conférence de Québec⁴⁶⁴ « Le Parlement général aura le pouvoir de faire des lois pour la paix, le bien-être et le bon gouvernement des provinces fédérées (sans, toutefois, pouvoir porter atteinte à la souveraineté de l'Angleterre), et en particulier sur les sujets suivants : (...) et généralement

⁴⁶¹ Joseph CAUCHON, *Etudes sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord*, Québec, Typographie d'Augustin Coté, Archives nationales du Canada, 1858, p. 10.

⁴⁶² *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du nord*. 3^e session, 8^e parlement. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p. 858-873.

Plus loin : « Je m'oppose au projet de confédération politique parce qu'il est loin de faire disparaître les difficultés dont on se plaint entre le haut et le Bas Canada, il ne fera que les multiplier s'il est accepté. On verra fréquemment s'élever des conflits d'autorité, surtout sur les questions qui sont soumises à la double action des législatures locales et fédérales » .

⁴⁶³ Index aux débats parlementaires sur la Confédération des provinces de l'Amérique du Nord britannique : 3^e session, 8^e parlement provincial du Canada (1865), Patrick Lapin, Murray A. 1952.

http://eco.canadiana.ca/view/oocihm.9_01941_1/6?r=0&s=1

<https://collections.canada.gc.ca/confederation/023001-7162-f.html>

⁴⁶⁴ Extrait de « Les résolutions de la Conférence de Québec, octobre 1864 » (traduction libre), *Documents on the Confederation of British North America*. Toronto : McClelland and Stewart Ltd., 1969, 29 à 37.

toutes les matières d'un caractère général qui ne seront pas spécialement et exclusivement réservées au contrôle des législatures et des gouvernements locaux. »

La subsidiarité ne fut pas tant théorisée par les Pères de la confédération que par le pouvoir politique des années 1990. Cela pourrait d'ailleurs expliquer une interprétation des compétences par la Cour Suprême plus favorable aux provinces à partir de cette époque.

2. La théorisation ultérieure de la subsidiarité

272. Si les gouvernants canadiens ne fixèrent pas de critères précis de la subsidiarité, les revendications d'autonomie du Québec ne manquèrent pas d'aboutir à la théorisation ce principe, ce qui put inciter la Cour suprême à davantage le respecter et à s'y référer.

Au bout d'un siècle de pratique du fédéralisme, le principe de subsidiarité n'apparaissait pas comme une évidence. Si les commissions Tremblay et Bélanger-Campeau, une tribune pour les experts, les régions et les associations professionnelles, visent toutes deux à donner une légitimité aux revendications autonomistes du Québec; seule la première s'intéresse au principe de subsidiarité. La théorisation de la subsidiarité peut donc être perçue comme une stratégie consistant à justifier un ordre social en déclin pour le préserver⁴⁶⁵.

273. Le rapport Bélanger-Campeau négligeait la teneur de la subsidiarité en proposant un transfert massif de compétences d'Ottawa à Québec afin que le gouvernement du Québec les exerce à la place du gouvernement fédéral. La subsidiarité découlait davantage du rapport Tremblay. Ce rapport prévoyait en effet un programme d'organisation sociale qui substitue à la centralisation des pouvoirs par le gouvernement central un fédéralisme social où l'État québécois s'ingère dans la société civile en cas de nécessité seulement. En se rapportant à la subsidiarité, le rapport Tremblay n'instaurait cependant rien de neuf puisqu'il se contentait de préserver l'ordre constitutionnel prévu par le pacte confédératif de 1867 pour maintenir un ordre social qui garantissait aux corps intermédiaires la prééminence dans la société civile.

274. La Commission, dépassant son mandat juridique ne se contente pas de remettre en cause les fondements de l'État moderne, elle propose un

⁴⁶⁵ Marc CHEVRIER, « La conception pluraliste et subsidiaire de l'État dans le Rapport Tremblay de 1956: entre l'utopie et la clairvoyance », Les Cahiers d'histoire du Québec au XXe siècle, n2, été 1994, p. 45.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

modèle d'organisation de l'ordre politique en tentant de définir les fondements mêmes du droit et de l'autorité. Ce faisant, l'influence de plusieurs courants d'idées d'origine européenne se fit sentir ⁴⁶⁶. Le fédéralisme moderne a un fondement moniste. pour pouvoir partager la souveraineté étatique, encore faut-il l'avoir déjà totalisée. Le fédéralisme social, au sein duquel le principe de subsidiarité prend place, conduit à contester le monisme étatique, limitant la société civile par la concentration de tous les pouvoirs au sein de l'État. Conformément à une répartition subsidiaire des pouvoirs, le rapport Tremblay conteste le gouvernement provincial autant que le fédéral. Il s'agirait dans cette perspective d'octroyer aux collectivités de base que sont les municipalités davantage qu'une simple autonomie administrative. La société, s'édifiant de bas en haut, respecte toute entité intermédiaire. Pour autant, dans l'optique subsidiaire, aucun pouvoir, même intermédiaire, n'est dépositaire de plein droit de toute la puissance publique.

275. Le fédéralisme social remet en question le positivisme, selon lequel l'État aurait le monopole du droit et donc du bien commun, « le droit ne se fonde pas uniquement sur les volontés de l'État, mais sur les exigences sociales de la nature humaine elle-même » ⁴⁶⁷.

Le rapport Tremblay se caractérise par un certain réalisme. Tout en montrant l'importance de la subsidiarité, il en reconnaît les limites. Il reconnaît tout d'abord l'élasticité sémantique de ce principe.

La subsidiarité n'est pas une idée neutre. Elle repose au fond sur une anthropologie⁴⁶⁸. La société ne lui apparaît pas tel un amalgame abstrait d'individus qui s'organisent suivant des lois statistiques. Mais bien comme un réseau de sociétés naturelles (pensons à la famille), de sociétés spontanées (la cité, par exemple) et de sociétés délibérées (l'entreprise commerciale, les associations professionnelles, etc.).

Le rapport Tremblay n'eut que peu d'impact immédiat sur le discours des gouvernements provinciaux. Ce ne fut que plus tard que le premier ministre

⁴⁶⁶ La théorie fédéraliste suisse, la pensée de Jacques Maritain, le personnalisme français, le jusnaturalisme germanique et la philosophie politique britannique.

La paternité de l'idée de fédéralisme social revient en fait à Pierre Joseph Proudhon qui en exposa le principe dans *Du principe fédératif et de la nécessité de reconstituer le parti de la révolution* (1863), cité dans Jacques Muglioni (éd.), *Proudhon, Justice et liberté*, Paris, PUF, 1974, 223 p.

⁴⁶⁷Rapport Tremblay, Vol. II, p. 114.

⁴⁶⁸ Stéphane Rials, *Destin du fédéralisme*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1986, p. 22.

du Québec, Bourassa, le prit en compte⁴⁶⁹. Par ce biais, le rapport Tremblay, non purement idéologique mais s'interrogeant sur les fondements du fédéralisme canadien, a pu influencer l'interprétation du partage des compétences.

SECTION 2. LE CONTROLE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE PAR LES INSTITUTIONS POLITIQUES DE L'UNION EUROPEENNE

276. Chaque institution, Commission (§1), Conseil et Parlement (§2), porte sa part de responsabilité dans le contrôle du principe de subsidiarité.

Chacune doit vérifier le respect du principe au Cours du processus normatif⁴⁷⁰. Toute intervention de l'UE doit être motivée sur la base de ce principe. La subsidiarité joue le rôle d'une sorte de « règle de raison » qui obligerait les institutions à justifier leurs interventions⁴⁷¹. Les institutions lorsqu'elles violent le principe de subsidiarité violent le droit de l'Union Européenne puisque ce principe est mentionné dans le traité. « Le principe de subsidiarité exige que chaque action soit justifiée individuellement, au cas par cas. Il ne saurait y avoir de doctrine générale par « secteur » ou « politique » . Chaque action doit être justifiée individuellement pour permettre un examen par d'autres organes. Cette justification doit figurer dans les « considérant » ; il serait utile d'instituer une « fiche de subsidiarité » détaillant cette justification »⁴⁷². Nous rechercherons si le contrôle des institutions politiques de l'Union Européenne pourrait suffire à rendre inutile tout contrôle juridictionnel substantiel. Nous tenterons pour cela d'établir si les institutions

⁴⁶⁹ « Le premier ministre du Québec répond à nos questions » , Bulletin de la Société de droit international économique, vol.4 n.2, printemps-été 1991, p. 14.

⁴⁷⁰Conseil européen d'Edimbourg- Conclusions de la présidence, Edimbourg, 11-12 décembre 1992, en ligne: http://www.european-council.europa.eu/media/854355/1992_décembre_-_edimbourg__fr_.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

⁴⁷¹Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? » , Revue du droit de l'Union Européenne, 1992 n4, p. 227.

⁴⁷²Discours de Peter SCHMIDHUBER, Commission européenne, 10 septembre 1992, IP/92/702, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-92-702_fr.htm?locale=FR (consulté le 24 octobre 2013)

politiques sont en mesure de dépasser les limites conceptuelles du principe de subsidiarité, décrites en première partie pour procéder à un contrôle approfondi de ce principe. Un tel contrôle de la subsidiarité impliquerait une grande neutralité des institutions politiques qui seraient parfois amenées à limiter leurs propres interventions.

§1. Le contrôle du principe de subsidiarité par la Commission

277. La Commission contribue par son contrôle (A) à renforcer le respect de la subsidiarité (B) mais ce contrôle n'est pas infallible (C).

A. Le rôle de la Commission dans le contrôle du principe de subsidiarité

278. La Commission dans son avis d'octobre 90 proposait un contrôle a posteriori⁴⁷³. Elle a joué un rôle important dans le développement d'une culture de la subsidiarité⁴⁷⁴, pour elle-même, mais également pour les autres institutions.

Le contrôle du principe de subsidiarité par la Commission revêt une importance particulière dans la mesure où, initiatrice dans le processus décisionnel⁴⁷⁵, elle porte devant l'opinion publique la responsabilité de la mise en œuvre d'une action de l'Union Européenne.

La Commission, dans les considérants d'une proposition, doit exposer ses motifs et justifier le respect du principe de subsidiarité, notamment en cas d'extension du champ d'intervention de l'Union Européenne⁴⁷⁶. Elle devra se référer aux critères posés par l'article 5§3 dans la mise en œuvre d'un acte de

⁴⁷⁵ Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne:http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

⁴⁷⁶ Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne:http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'Union Européenne⁴⁷⁷. Elle doit préciser les éléments justifiant une action de la Communauté dans des domaines de compétences concurrentes, c'est-à-dire la nécessité de l'action au regard du traité et son efficacité par rapport au problème de l'Union Européenne posé⁴⁷⁸.

279. Dans *Royaume Uni c/ Conseil de l'Union Européenne*⁴⁷⁹, la Cour de justice estime qu'il n'est pas nécessaire que figure de façon expresse une référence à la subsidiarité si le législateur a montré la nécessité de l'action de l'Union Européenne⁴⁸⁰. La proposition de législation de la Commission doit comporter un exposé des motifs publié au Journal Officiel et un considérant sur le principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité ne peut être examiné indépendamment du fond de l'affaire, bloquant ainsi le processus de décision. La subsidiarité est un élément de la décision et non un élément préalable ; elle doit être examinée avec la base juridique et le dispositif⁴⁸¹.

280. Les protocoles sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité prévoient la rédaction d'une « fiche de la subsidiarité » par la Commission. Chaque année depuis 1994, la Commission présente un rapport sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité. Après le premier rapport, elle a élargi son approche et ses rapports annuels, intitulés « Mieux légiférer », portent depuis lors sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que sur la simplification et la codification des actes législatifs.

281. La Commission européenne a pris trois engagements pour mettre en application le principe de subsidiarité⁴⁸² : la motivation de toutes les

⁴⁷⁷Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, p. 227.

⁴⁷⁸Conférence interinstitutionnelle, Bruxelles, 26 Novembre 1992, *Compte Rendu Analytique des Débats*, PE 202, 943.

⁴⁷⁹ *Royaume-Uni/Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C 84/94, 12 novembre 1996

⁴⁸⁰ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Introduction au droit de l'Union Européenne*, 3e éd., Paris, Hachette, 2002. 160. p.

⁴⁸¹Vladimir CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité. » *RTDE*, 2005 41(2), p. 728.

⁴⁸² Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne: http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

nouvelles propositions, le retrait ou la révision de certaines propositions et le réexamen de la législation en vigueur. Ces mesures ne sont pas sans limites.

Ces engagements ont permis à la Commission de perfectionner son contrôle de la subsidiarité. En effet, dans les premiers temps de l'application de la subsidiarité, il semblerait que la Commission ait eu tendance à s'abstenir d'édicter une norme au motif qu'elle violerait le principe de subsidiarité. En 1997, par exemple, elle considéra que moins de un pour cent des textes sont concernés par le principe de subsidiarité (trois textes sur trois-cent-trente-cinq). Elle aurait alors profité de l'absence de définition des compétences partagées et exclusives pour proposer des textes qui trouvent un écho dans suffisamment d'Etats membres. Certains commissaires européens, chargés de secteurs où les compétences de l'Union Européenne sont très réduites, auraient pu alors être tentés de développer les compétences qui leur sont confiées⁴⁸³.

Conformément à l'article 5 du protocole, une "fiche de la subsidiarité" est présentée dans les considérants de chaque proposition d'acte législatif, son contenu est rappelé dans les considérants de la proposition. Les analyses d'impact examinent de façon plus approfondie le respect de la subsidiarité et de la proportionnalité. Le comité d'analyse d'impact vérifie la qualité de cette analyse.

282. On peut noter une diminution des propositions de règlements, de directives et de décisions de la Commission après l'insertion du principe de subsidiarité⁴⁸⁴. Cependant, une démarche quantitative ne suffit pas à prouver le respect du principe de subsidiarité. Le fait que le nombre de textes produits diminue peut simplement signifier que les besoins normatifs nouveaux ont décru. Encore faut-il rechercher les raisons justifiantes le retrait de ces textes, lesquelles peuvent être découvertes dans les rapports annuels de la Commission.

L'observation du contrôle de la Commission dans les années 2010-2013 indique un progrès de ce contrôle.

⁴⁸³ Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n°425 423. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux. p. 651, note 34.

⁴⁸⁴ Cinq-cent-vingt-quatre en 1996 contre six-cents en 1995, cinq-cent-cinquante-huit en 1994, six-cent-dix-neuf en 1993, six-cent-cinquante-et-un en 1992 et six-cent-quatre-vingt-seize en 1988.

B. Les résultats concluants du contrôle de la subsidiarité par la Commission

283. En 2011, 43 % des avis comportaient des recommandations concernant les principes de subsidiarité et de proportionnalité. Leur nombre a légèrement diminué par rapport à 2010⁴⁸⁵.

Les recommandations portent le plus souvent sur la justification de la nécessité d'agir au niveau de l'UE. Le comité a, en particulier, demandé une meilleure motivation d'interventions de l'UE fondées sur le bon fonctionnement du marché intérieur. Le comité a demandé que soient mieux démontrées l'existence et l'ampleur de la défaillance du marché et sa portée pour le fonctionnement du marché intérieur concernant une initiative relative au règlement extrajudiciaire des litiges. Le comité a demandé une meilleure distinction des compétences de l'UE pour éviter des distorsions de concurrence dans le marché intérieur et des problèmes de compétences étatiques relativement à la protection et au bien-être des animaux.

Les services concernés de la Commission ont pris en compte les observations du comité dans le rapport final d'analyse d'impact.

284. En 2012, le comité a examiné 97 analyses d'impact et émis 144 avis dont 33 % contenaient des observations concernant des questions de subsidiarité⁴⁸⁶. Le comité a en particulier émis des observations sur une proposition de directive « concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins⁴⁸⁷ ». Le comité a demandé au service chef de file de renforcer l'évaluation de l'opportunité du moment choisi, de même que de la nécessité et de la valeur ajoutée de l'action de l'UE au regard de la base

⁴⁸⁵ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 19e rapport « Mieux légiférer », 2011, Bruxelles, le 10.7.2012 COM(2012) 373 final

⁴⁸⁶ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 20e rapport « Mieux légiférer », 2012, Bruxelles, le 30.7.2013 COM(2013) 566 final

⁴⁸⁷ Proposition de directive du parlement européen et du Conseil concernant la gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins et la concession de licences multi territoriales de droits portant sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, [COM(2012) 372]

⁴⁸⁷ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 21e rapport « Mieux légiférer », 2013, Bruxelles, le 5.8.2014 COM(2014) 506 final

juridique proposée (marché unique et diversité culturelle). L'analyse d'impact révisée a approfondi la justification de la nécessité de l'intervention de l'UE, par exemple en expliquant mieux la nature transnationale des problèmes recensés et en montrant une insuffisance des interventions étatiques.

En 2013, le comité a examiné quatre-vingt-dix-sept analyses d'impact et émis cent quarante-deux avis. Il a formulé des observations sur des questions de subsidiarité et de proportionnalité dans plus d'un tiers (34 %) des cas examinés⁴⁸⁸. Il a notamment réclamé que soit approfondie la preuve de la plus-value d'une intervention de l'UE par rapport à celle des États membres et de la CEDH concernant une proposition de directive sur l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privés de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen⁵. Le comité a également réclamé l'approfondissement de la proposition de directive modifiant la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne une déclaration de TVA normalisée.

Le contrôle de la Commission, contrôle a priori, n'est cependant pas infaillible.

C. Un contrôle de la Commission insuffisant à prévenir toute violation de la subsidiarité

285. Le contrôle de la subsidiarité par les institutions européennes peut être orienté dans la mesure où l'analyse la plus approfondie de l'efficacité comparée d'une mesure au niveau de l'UE et au niveau national pour atteindre un objectif de l'Union Européenne émane du Comité d'analyse d'impact travaillant conjointement avec la Commission européenne. L'analyse de la subsidiarité par la Commission porte principalement sur les coûts induits par la mesure envisagée, s'apparentant à une évaluation de la proportionnalité de l'intervention de l'UE. Il semblerait que les institutions de l'Union Européennes soient davantage préoccupées par « le degré d'acceptabilité d'une mesure » aux yeux des observateurs, que par la mise en œuvre d'un véritable bilan coûts avantages de cette mesure comme le nécessiterait une application effective de la subsidiarité.

286. Il a été reproché à la Commission de privilégier l'aspect efficacité du principe de subsidiarité plutôt que celui de proximité avec le citoyen (a). Davantage que le principe de subsidiarité, la Commission s'attache à contrôler celui de proportionnalité (b) Enfin, si la Commission n'entend pas remettre en cause l'acquis de l'Union Européenne, elle s'autorise à réexaminer des textes sur la base de l'article 5§3 (c).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

a. Une application d'abord réservée du principe de subsidiarité

287. Alors que la Commission semble donner à ce principe une interprétation favorable aux compétences de l'Union Européenne et que l'on prétend parfois que les services juridiques de la Commission invoquent ce principe pour rassurer⁴⁸⁹, elle affirme dans sa communication rechercher une « interprétation authentique du traité de Maastricht ». Il a cependant été reproché à la Commission de profiter à son avantage de l'ambivalence du principe de subsidiarité⁴⁹⁰. Selon Melchior Wathelet, la Commission aurait mis en œuvre une « entreprise d'endiguement du principe de subsidiarité⁴⁹¹ ».

b. L'assimilation de la subsidiarité à la proportionnalité par la Commission

288. La Commission semble utiliser le principe de proportionnalité pour pallier le doute quant au résultat du test de la valeur ajoutée. Faute de pouvoir démontrer par des indicateurs qualitatifs et quantitatifs la plus-value apportée par une intervention de l'Union Européenne, elle montre que cette dernière n'empièterait pas excessivement sur les compétences étatiques pour poursuivre les objectifs de l'Union Européenne.

En tentant d'éviter une surréglementation de l'Union Européenne⁴⁹², la Commission préserve davantage le respect du principe de proportionnalité.

⁴⁸⁹Idée également présente dans Jacques de MAILLARD, *Union Européenne et sécurité intérieure: institutionnalisation et fragmentation*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 168s

⁴⁹⁰ Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne: http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

⁴⁹¹Melchior WATHELET, « Le principe de subsidiarité et le processus décisionnel au sein de l'Union Européenne. », In: *L'Europe de la Subsidiarité*, Actes des XII^e journées juridiques Jean Dabin, Louvain-la-Neuve, 16-17/11/2000, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 131-199.

⁴⁹² Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n425 423. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux, pp. 645-656.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Cette évolution, favorable à ce dernier, est perceptible dans les rapports⁴⁹³ de la Commission au Conseil et au Parlement.

289. Cette tendance est historiquement ancrée dans les habitudes de la Commission. Dès 1995, la Commission semble avoir donné priorité au principe de proportionnalité sur le principe de subsidiarité qui était jusqu'alors au centre du mouvement de réforme. Elle s'intéresse désormais à la qualité et la nature de la norme de l'Union Européenne sans se préoccuper réellement du choix de l'auteur et de l'origine de la norme, États ou Communauté.

Selon la Commission⁴⁹⁴, la Communauté doit choisir les modes d'action (intervention législative, méthode de reconnaissance mutuelle, recommandations, soutien financier dans le cadre des interventions structurelles, encouragement à la coopération entre Etats membres dans les divers secteurs d'intérêt commun, adhésion à des conventions internationales) qui laissent le plus de liberté aux Etats membres, aux opérateurs économiques et commerciaux et aux citoyens européens. La Commission rappelle que la Communauté, si une action législative est nécessaire, doit intervenir sous la forme de directives et que ces dernières ne doivent pas être excessivement détaillées. La Commission présente à nouveau, comme elle l'avait fait lors de conférences intergouvernementales, une véritable hiérarchie des normes, les lois cadres permettant de définir les principes de base et les règles essentielles d'une action commune (comme le fait la directive actuelle).

290. Le principe de subsidiarité est excessivement réduit à un exercice d'amélioration⁴⁹⁵, de rationalisation, de la législation de l'Union Européenne. La simplification de la législation, souvent inutilement détaillée, si elle rejoint l'esprit de la subsidiarité, ne devrait pas être assimilée à cette dernière. On s'interroge sur le meilleur procédé à utiliser et on en oublie le débat relatif à la

⁴⁹³25 octobre 93. « Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité. » Revue trimestrielle de droit européen, p. 147.

⁴⁹⁴ Communication de la Commission examinée au Conseil européen d'Edimbourg et Programme législatif de la commission, Edimbourg, 12 décembre 1992, B. C. supp1/93: 25s, en ligne: http://www.cvce.eu/content/publication/2005/6/16/44564266-fba1-4be2-8774-059604bafd04/publishable_fr.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

⁴⁹⁵Au sens entendu par le Parlement français, <http://www.senat.fr/rap/r96-46/r96-4613.html>

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

nécessité même de l'intervention de l'Union Européenne⁴⁹⁶. La Commission insiste sur la nécessité d'un accord qui, sur la base de définitions claires et de délimitations précises des compétences, comprendrait des dispositions relatives à l'intensité de l'action de l'Union Européenne et des principes de collaboration entre les institutions. La Commission semble avoir dépassé la portée du principe de subsidiarité. En effet, elle s'intéresse aux modalités de mise en œuvre d'une intervention alors que l'article 5§3 vise les conditions et le niveau d'intervention. La Commission rappelle que le citoyen doit être assuré que les décisions sont prises au plus près de lui sans compromettre les avantages d'une action commune.

c. La position de la Commission sur l'applicabilité de la subsidiarité à l'acquis de l'Union Européenne

291. L'un des problèmes d'interprétation du principe de subsidiarité consiste à savoir s'il peut justifier la restitution de compétences aux États membres. A la question, posée en 1992 de savoir dans quelle mesure le principe de subsidiarité s'appliquait à la législation déjà en vigueur dans la Communauté⁴⁹⁷, la Commission a répondu que les réglementations qui ne correspondaient plus au critère de nécessité pourraient être examinées. Cependant, la Commission entend ne pas remettre en cause l'acquis de l'Union Européenne⁴⁹⁸. La subsidiarité a donc vocation à ne s'appliquer qu'à l'avenir. La Commission est libre d'étudier de sa propre initiative les actes de l'Union Européenne adoptés sur la base du principe de subsidiarité et de faire aux autres institutions des propositions de révision ou d'abrogation. La Commission européenne a d'ailleurs retiré des propositions qui n'étaient pas

⁴⁹⁶Rapport CSE(95)80, p. 4

⁴⁹⁷Daniel VIGNES, « Les apports du traité de Maastricht. » *Revue trimestrielle de droit européen* 30(2), avril-juin 1994, 293. p. 238.

Question écrite n 2475/92 de lord O'Hagan(PPE) à la Commission des Communautés européennes (8 oct. 92) (93/C 297/23) (): Dans quelle mesure le principe de subsidiarité s'applique-t-il à la législation déjà en vigueur dans la Communauté?

⁴⁹⁸Conseil européen d'Edimbourg- Conclusions de la présidence, Edimbourg, 11-12 décembre 1992, en ligne: http://www.european-council.europa.eu/media/854355/1992_d_cembre_-_edimbourg__fr_.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

Conseil européen de Lisbonne, conclusions de la présidence, Lisbonne, 23 et 24 Mars 2000, en ligne: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm (consulté le 25 novembre 2013)

assez justifiées, en termes d'efficacité comparée des actions de l'Union Européenne ou nationales. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une obligation au terme de l'article 5§3⁴⁹⁹.

L'application de la subsidiarité par la Commission pourrait, comme celle du Conseil et du Parlement, expliquer l'orientation de l'interprétation jurisprudentielle du principe.

§2. Le contrôle de la subsidiarité par le Conseil et le Parlement

292. Quoiqu'il ne soit pas sans limites (B), le contrôle du Conseil et le Parlement (A) participent à assurer le renforcement du principe de subsidiarité (B).

A. Le rôle du Conseil et du Parlement dans le contrôle du principe de subsidiarité

293. Le Conseil et le Parlement ne peuvent empêcher la Commission d'émettre une proposition. Cependant, la Commission doit tenir compte des observations du Parlement sur le principe de subsidiarité. Le Parlement et le Conseil doivent examiner la proposition de la Commission afin de vérifier le respect du principe de subsidiarité, ils ne peuvent amender cette proposition qu'en considérant ce principe.

La participation du Parlement au contrôle de la subsidiarité s'explique par son attachement à ce principe avant même sa consécration dans le traité de Maastricht. Dès le 14 février 1984, le Parlement proposait, lors de l'adoption du projet de traité sur l'Union Européenne, une disposition selon laquelle chaque fois que le traité attribue à l'Union une compétence concurrente avec les compétences des Etats membres, l'action des Etats membres s'exerce dès lors que l'Union n'a pas pris d'acte normatif ; l'Union ne devant intervenir que pour mener les tâches qui peuvent être entreprises en commun d'une manière plus efficace que par les Etats œuvrant séparément. Le Parlement, rappelant l'importance du principe de subsidiarité, reprendra ces propositions sur le principe de subsidiarité dans de nombreuses résolutions⁵⁰⁰. Il propose

⁴⁹⁹Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? » , *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4, p. 227.

⁵⁰⁰Ce fut notamment le cas lors des résolutions du 23 novembre 1989, du 14 décembre 1989, du 12 juillet 1990, du 21 novembre 1990 et du 18 mai 1995, citées dans « Le principe de subsidiarité. » Parlement européen: fiches

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

d'ouvrir le débat sur son interprétation et son application⁵⁰¹. Dans sa résolution du 18 novembre 1990, le Parlement préconise d'insérer une définition du principe de subsidiarité dans le traité. Le 31 novembre 1990, le Parlement propose l'insertion d'un article 3bis, plus précis que l'article 164, conférant à la Cour le pouvoir de vérifier qu'une proposition respecte les limites du droit de l'Union Européenne. Dans sa résolution du 21 novembre 1992, il recommande la mise en place d'un mécanisme de contrôle du principe, dans le cadre d'une conférence interinstitutionnelle⁵⁰².

294. Le Parlement européen a souligné, dans sa résolution du 13 mai 1997, et dans plusieurs de ses rapports depuis 1994 que le principe de subsidiarité constitue une norme juridique contraignante, soumise dans son application concrète à l'interprétation de la Cour de justice; il a rappelé que la mise en œuvre du principe ne doit pas faire obstacle à l'exercice légitime des compétences exclusives dont dispose la Communauté⁵⁰³.

295. Le Règlement du Parlement prévoit dans son article 58⁵⁰⁴ que pendant l'examen d'une proposition législative, le Parlement accorde une attention particulière au respect des droits fondamentaux ainsi qu'aux principes de subsidiarité et de proportionnalité. Il s'intéresse en particulier à la valeur ajoutée d'une intervention de l'Union Européenne.

Le Parlement peut, désormais, si une commission parlementaire le demande, procéder « à des évaluations de la valeur ajoutée européenne afin d'apprécier les effets potentiels et de recenser les avantages et les inconvénients des propositions formulées dans les rapports législatifs du Parlement » . Il peut désormais également « produire des rapports sur le coût de l'inaction au niveau de l'UE, sur les domaines qui ne font pas encore l'objet d'une action au niveau de l'UE et dans lesquels une telle action contribuerait grandement à

techniques. Sur <http://www.europarl.europa.eu/> (consulté le 7 novembre 2013)

⁵⁰¹Traité instituant la Communauté Européenne, *Journal officiel* C 321 du 29 décembre 2006, art.220 (ex art.164 du traité de Rome du 25 Mars 1957) prévoit que la Cour assure le respect du droit dans 'l'interprétation et l'application des traités.

Arrêt de la Cour de justice, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, affaires jointes C-46/93 et C-48/93 (5 mars 1996)

⁵⁰²Jurgen SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand, .» *Revue du marché commun et de l'Union Européenne* 1993 70 615. pp. 24-32.

⁵⁰³« Le principe de subsidiarité.» Parlement européen: fiches techniques, en ligne: <http://www.europarl.europa.eu/> (consulté le 7 novembre 2013)

⁵⁰⁴Règlement intérieur du Parlement européen, art. 58.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

renforcer l'efficacité et à assurer le « bien commun ». Le Parlement européen, en 2012, a créé une nouvelle direction horizontale, chargée de fournir aux commissions parlementaires un éventail de services plus larges, en matière d'évaluation de l'impact et de la valeur ajoutée européenne. Ces évaluations comprennent l'examen des feuilles de route de la Commission, qui décrivent la politique que celle-ci entend poursuivre et les consultations prévues, ainsi qu'une première appréciation des analyses d'impact de la Commission. À la demande d'une commission parlementaire, il peut être ajouté à ces premières analyses une appréciation détaillée des analyses d'impact de la Commission, des analyses complémentaires portant sur certains aspects des propositions initialement non traités par la Commission et des évaluations de l'impact des amendements envisagés par le Parlement.

296. Le principe de subsidiarité se trouverait vidé de son sens véritable s'il était privé de son ambivalence. Le Conseil, institution de l'Union Européenne mais composé de représentants des États membres, pourrait donc occuper une place privilégiée dans l'application de ce principe.

Dans le cadre des procédures législatives, le Conseil veille au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité lors de l'examen des analyses d'impact accompagnant les propositions de la Commission. Le Conseil est invité à vérifier la conformité d'une mesure avec l'article 5⁵⁰⁵, cela dans le cadre d'un examen global et au fond des textes de la Commission. Enfin, l'idée d'un débat préalable au Conseil portant sur la bonne application du principe a été suggérée par certains États membres⁵⁰⁶.

297. Le Conseil ne peut entreprendre d'action d'harmonisation des normes nationales que si cela est nécessaire à remplir les objectifs du traité ; l'adoption d'une position unique des États membres ne justifiant pas l'intervention de l'Union. Enfin, la meilleure action de l'Union doit être étayée par des indicateurs qualitatifs ou quantitatifs. Une action nationale serait contraire aux exigences du traité ou léserait les intérêts des États membres. Le Conseil peut agir s'il montre qu'une action de l'Union Européenne aurait des effets avantageux.

Le Conseil sert en quelque sorte d'intermédiaire entre les institutions de l'UE et les États dans le contrôle de la subsidiarité. L'article 4, troisième alinéa, du

⁵⁰⁵Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), Maastricht, 7 février 1992, *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, art. 5.

⁵⁰⁶ANTONIO TIZZANO et DANIEL VIGNES, *Code de l'Union Européenne*, 2e édition, en ligne: <<http://www.decitre.fr/livres/code-de-l-union-europeenne-9782802714460.html>> (consulté le 16 novembre 2013), 1139 p.

protocole no 2, prévoit que le Conseil transmet aux parlements nationaux tous les projets d'actes législatifs, ainsi que les projets modifiés, émanant d'un groupe d'États membres, de la Cour de justice, de la Banque centrale européenne (BCE) ou de la Banque européenne d'investissement (BEI). En contrepartie, l'article 6, deuxième alinéa, du protocole prévoit que le président du Conseil transmet tout avis sur un projet d'acte législatif émanant d'un groupe d'États membres aux gouvernements de ces États membres. Le président du Conseil doit également faire parvenir tout avis sur un projet d'acte législatif émanant de la Cour de justice, de la BCE ou de la BEI à l'institution ou à l'organe concerné (au titre de l'article 6, troisième alinéa, du protocole). En plus de ces obligations imposées par le traité, le secrétariat général du Conseil tient les membres du Conseil informés des avis des États membres sur les projets d'actes législatifs émanant d'autres institutions⁵⁰⁷.

C'est au comité des représentants permanents des États membres (Coreper) qu'il appartient de garantir le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

B. Le perfectionnement du contrôle de la subsidiarité par le Parlement de l'Union Européenne

298. On peut relever un récent approfondissement du contrôle parlementaire de la subsidiarité. En 2011, seule trente-deux questions parlementaires sur douze mille ont été posées à la Commission relativement aux problèmes liés au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité⁵⁰⁸. La Commission, s'inscrivant dans la lignée des requêtes des autres institutions, a essentiellement demandé un approfondissement des motivations des propositions⁵⁰⁹. En 2012, le Parlement a produit dix évaluations initiales d'analyses d'impact de la Commission, une évaluation détaillée d'une analyse d'impact de la Commission et trois rapports sur la

⁵⁰⁷Conseil européen d'Edimbourg- Conclusions de la présidence, Edimbourg, 11-12 décembre 1992, en ligne: http://www.european-council.europa.eu/media/854355/1992_d_cembre_-_edimbourg__fr_.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

⁵⁰⁸ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 19e rapport « Mieux légiférer» , 2011, Bruxelles, le 10.7.2012 COM(2012) 373 final

⁵⁰⁹ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 19e rapport « Mieux légiférer» , 2011, Bruxelles, le 10.7.2012 COM(2012) 373 final

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

valeur ajoutée européenne⁵¹⁰. Le Parlement européen a, en 2013, consolidé sa pratique consistant à rédiger des rapports d'initiative législative de soutien fondés sur l'article 225 du TFUE, avec une analyse basée sur des éléments concrets du potentiel de valeur ajoutée européenne. Au total, cinq évaluations accompagnant des rapports d'initiative législative du Parlement européen ont été finalisées en 2013⁵¹¹. Ces évaluations concernaient des sujets très divers tels que la gouvernance du marché unique ou les violences faites aux femmes.

C. Les limites du contrôle exercé par le Parlement et le Conseil

299. Le contrôle du Parlement (1) et celui du Conseil (2) comportent des limites.

1. Les limites du contrôle exercé par le Parlement

300. Le Parlement européen, qui s'était montré dès le départ plus réservé que le Conseil ou la Commission à l'égard du principe de subsidiarité, n'a pas donné suite aux règles, pourtant introduites à son initiative, établies par l'Accord interinstitutionnel : organisation d'un débat annuel, justification des amendements au regard de l'article 5. Le Parlement, lorsqu'il se réfère à ce principe se borne le plus souvent à vérifier que la Commission laisse aux États certaines compétences.

301. Le Parlement semble l'interpréter sous un jour favorable au droit de l'Union Européenne⁵¹² : il considère que « l'insertion du principe de subsidiarité dans les traités vise à stimuler l'intervention de la Communauté dans les secteurs qui ne sont pas de sa compétence exclusive », son

⁵¹⁰ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 20e rapport « Mieux légiférer », 2012, Bruxelles, le 30.7.2013 COM(2013) 566 final

⁵¹² Aucune instance de l'Union Européenne n'a joué le rôle de gardien de la subsidiarité.

Michel PONIATOWSKI, rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes, n° 45, 12, novembre 1992, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1992/r92-45-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

application ne pourrait « en aucun cas se traduire par un affaiblissement du droit de l'Union Européenne⁵¹³ ».

Le Parlement européen craint que les directives cadres « créent un droit incertain, moins contraignant » et en quelque sorte aléatoire⁵¹⁴. Il regrette de n'être pas davantage consulté et refuse une application du principe de subsidiarité entraînant un affaiblissement de ses compétences.

2. Les risques d'instrumentalisation de la subsidiarité par le Conseil

302. Depuis le Conseil d'Édimbourg, l'idée d'un vote sur la question de la subsidiarité, préalable à la saisine des groupes d'experts du conseil, a été écartée. Le Conseil peut toujours, après discussions au Coreper et en groupe d'expert, rejeter un texte qui violerait le principe de subsidiarité. Encore faut-il, sur le plan pratique, que ce texte n'intéresse pas un groupe d'États. Si un tel groupe était majoritaire, il serait difficile pour la minorité de dénoncer un texte violant le principe de subsidiarité. Le Conseil est en effet souvent le lieu où les États négocient ou échangent des soutiens en vue de politiques nationales. Un État dénonçant un texte sur le fondement du principe de subsidiarité est souvent un État en minorité sur le plan politique⁵¹⁵. Faute d'être invoquée à temps, la mise en œuvre du principe de subsidiarité est souvent retardée. Il semble que les travaux du Conseil aient peu été influencés par le principe de subsidiarité. L'Allemagne a parfois rappelé dans les débats l'exigence de subsidiarité. Le principe de subsidiarité a, en particulier, été invoqué au sujet de propositions concernant le marché intérieur⁵¹⁶, ce qui n'a

⁵¹³Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n425 423. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux, note 26

⁵¹⁴Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n425 423. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux, note 28, 29, 30

⁵¹⁵Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n425 423. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux, pp. 645-656.

⁵¹⁶Directive sur le marquage des chaussures, sur l'étiquetage des chaussures, http://www.senat.fr/rap/r96-46/r96-46_mono.html, (consulté le 12 juin 2012)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

pas empêché l'adoption des textes.⁵¹⁷ Le Conseil ne suffit pas à éviter toute violation du principe de subsidiarité⁵¹⁸.

Les gouvernements, soucieux d'assurer une harmonisation de base des législations nationales et locales, peuvent être amenés à soutenir l'action de l'Union Européenne au-delà du minimum nécessaire, en particulier lorsqu'il s'agit d'éviter des distorsions du marché interne. A l'inverse, le principe de subsidiarité risque d'être utilisé par les Etats membres à leurs fins, conduisant à une limitation excessive des compétences de l'Union Européenne.

La codification de la subsidiarité peut être perçue comme un moyen de modifier de manière substantielle l'équilibre institutionnel actuel et de bloquer tout développement futur. Le droit de l'Union Européenne se limitant désormais à l'intergouvernemental.

⁵¹⁷ 2^e et 3^e Conférence Inter-Gouvernementale, les 28 et 29 Octobre 1990 à Rome, http://www.cvce.eu/content/publication/2003/7/10/7524b7cb-7538-4283-a831-da2b7357813a/publishable_fr.pdf, (consulté le 12 juin 12)

Il aurait, sans que cela soit explicitement mentionné, justifié la réduction de dotations prévues et a cherché à encadrer les compétences d'exécution de la Commission par une comitologie contraignante. Dans un seul cas, le Conseil a refusé un programme d'action (programme Pauvreté), bloqué par l'Allemagne au motif que ce type d'action était de la compétence des Länder. Ce programme a pu néanmoins être entrepris car le Parlement européen, qui a le dernier mot sur les dépenses non obligatoires, avait dégagé des crédits à cet effet.

⁵¹⁸ Ami BARAV, Christian PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Collection Grands dictionnaires, Paris, PUF, 1993, 1180 p.

Le Conseil peut souvent adopter des actes à la majorité, la Communauté n'est pas limitée à la vie économique. Selon les parlements nationaux, l'unanimité elle-même ne permet pas d'éviter tout excès, le Conseil peut bafouer les compétences des parlements nationaux.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

303. Le fait d'avoir précisé le principe de subsidiarité lors de conférences interinstitutionnelles et de Conseils européens contribue à son renforcement. Les Conseils européens ont reconnu l'obligation pour la Commission de justifier toutes ses propositions eu égard à l'application du principe de subsidiarité. Elle doit, en outre, rédiger un rapport annuel à l'attention des autres institutions sur le respect de ce principe. Ces mesures ont montré leur utilité en permettant le réexamen de propositions et de dispositions réglementaires en vigueur. Les Conseils européens ont précisé le test du principe de subsidiarité.

304. Les accords interinstitutionnels ont également contribué à cette précision. Ils ont permis au principe de subsidiarité de devenir une règle de comportement politique, limitant ainsi la discrétion des institutions dans l'application de ce principe. Le contenu du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité a été influencé par les accords interinstitutionnels.

305. Les Conseils européens et accords interinstitutionnels ont principalement renforcé le contrôle du principe de subsidiarité par la Commission. Il n'en demeure pas moins que le Parlement et le Conseil contrôlent également le respect de la subsidiarité au Cours du processus normatif⁵¹⁹. La Commission doit tenir compte des observations du Parlement sur le principe de subsidiarité même si le Conseil et le Parlement, ne peuvent empêcher la Commission d'émettre un projet. Le Parlement et le Conseil sont liés par le principe de subsidiarité lorsqu'ils amendent une proposition de la Commission. Le contrôle a priori du principe de subsidiarité par les institutions politiques de l'Union Européenne, l'ouverture d'une saisine par le Comité des Régions de la Cour de justice pour violation du principe de subsidiarité, l'instauration du mécanisme d'alerte précoce à la disposition des parlements nationaux, sont autant de procédures susceptibles d'améliorer le respect du principe de subsidiarité.

306. L'expérience canadienne montre qu'une subsidiarité sous-jacente au partage des compétences peut être théorisée tardivement. En droit canadien, les institutions politiques n'ont pas fixé de critères précis d'application de la subsidiarité. Cependant, la théorisation de la subsidiarité dans le rapport

⁵¹⁹Conseil européen d'Edimbourg- Conclusions de la présidence, Edimbourg, 11-12 décembre 1992, en ligne: http://www.european-council.europa.eu/media/854355/1992_d_cembre_-_edimbourg__fr_.pdf (consulté le 20 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Tremblay puis par les gouvernements provinciaux a pu contribuer à inspirer les critères identifiés par la Cour Suprême. Au Canada, les pouvoirs québécois, avant même les institutions canadiennes, ont largement contribué à la prise de conscience de l'importance de la subsidiarité, participant ainsi à façonner le contexte interprétatif dans lequel se prononce la Cour Suprême.

CHAPITRE 2. LE ROLE DES INSTITUTIONS POLITIQUES ETATIQUES ET INFRA ETATIQUES DANS LE CONTROLE DE LA SUBSIDIARITE

307. Les institutions politiques étatiques (section1) et infra-étatiques (section2) participent au contrôle de la subsidiarité.

SECTION 1. L'INFLUENCE DES INSTITUTIONS POLITIQUES ETATIQUES DANS LE CONTROLE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

308. L'implication des parlements nationaux, jouant avec le traité de Lisbonne un rôle croissant dans l'élaboration du droit de l'UE, au contrôle de la subsidiarité présente de multiples avantages.

La participation de ces derniers pourrait aboutir à un meilleur respect de ce principe ambivalent dans la pratique; Les parlements nationaux possèdent en effet un intérêt dans l'application descendante de la subsidiarité, ce qui n'est pas le cas des institutions de l'Union Européenne. Les parlements représentent les membres de la société civils susceptibles de pâtir d'une harmonisation excessive. Qui plus est, les parlementaires nationaux détiennent une légitimité démocratique et paraissent ainsi à même de servir de contrepoids aux groupes de pressions pesant sur les institutions de l'Union Européenne.

309. Si les revendications des parlements nationaux en faveur d'un contrôle du principe de subsidiarité ne sont pas nouvelles (A), les procédures de contrôle instituée par Lisbonne, marquant un net progrès dans ce contrôle (B), ne pourront devenir pleinement opérationnelles qu'après un temps d'adaptation (C).

A. Le principe d'un contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux

310. Si les membres des gouvernements, en participant au Conseil des ministres, contrôlent de façon indirecte le respect du principe de subsidiarité, le contrôle direct de ce principe par les parlements nationaux, pleinement concrétisé par le traité de Lisbonne, répondait ainsi à une idée évoquée depuis 1995(1). Le traité d'Amsterdam permettait aux parlements nationaux de

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

contrôler de façon indirecte le principe de subsidiarité, en adhérant à la Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires⁵²⁰(2).

1. L'idée d'un contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux

311. L'idée d'un contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux a été évoquée lors de la rencontre de 1995 à Messine. Deux déclarations du Parlement sont relatives au rôle des parlements nationaux, la 13 et la 14⁵²¹. La 13 a été l'occasion pour les parlements de moderniser les mécanismes parlementaires de contrôle de l'activité gouvernementale relative à l'Union Européenne.

Les parlements ont défendu ce principe lors de l'adoption du projet de traité d'Union Européenne⁵²². Ils proposaient que soit mentionnée la subsidiarité de l'action de la Communauté par rapport à celle des Etats membres. « L'action de la Communauté n'est nécessaire qu'en raison du caractère transnational d'une tâche à réaliser » ⁵²³.

⁵²⁰Protocole numéro 1 sur le rôle des parlements nationaux annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201

⁵²¹Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), Maastricht, 7 février 1992, *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, Déclaration n°13 relative au rôle des parlements nationaux dans l'Union Européenne et Déclaration n°14 relative au rôle des parlements nationaux dans l'Union Européenne.

⁵²²Le protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union annexé au traité CE et au traité UE à Amsterdam a lui aussi été adapté pour répondre aux exigences d'une plus grande transparence et d'une meilleure transmission des documents.

En matière de coopération interparlementaire, aucune modification n'est apportée concernant le rôle de la Conférence des organes spécialisés dans les affaires de l'Union Européenne (COSAC). Cette conférence réunit des Parlementaires nationaux issus des commissions Parlementaires nationales compétentes pour les affaires européennes et conserve la possibilité d'adresser au Parlement européen, au Conseil et à la Commission des contributions qui portent notamment sur la subsidiarité.

Protocole numéro 1 sur le rôle des parlements nationaux annexé au Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, *Journal officiel* des Communautés européennes C 340/1 du 10 novembre 1997

⁵²³Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 29 Mai 2005, en ligne: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers->

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

312. Au niveau national, certains Parlements avaient déjà exercé un contrôle sur la politique de leur gouvernement en matière européenne. La nouveauté apportée par le protocole issu de la convention interparlementaire⁵²⁴ consiste à inclure dans le traité de droit originaire un dispositif permettant une information des parlements nationaux et européens ; ces derniers pouvant ainsi exercer un contrôle sur les propositions de la Commission qui porteraient atteinte à la subsidiarité. Grâce à un mécanisme d'alerte précoce, les Parlements deviennent les gardiens de la subsidiarité, ce qui évite la création d'une nouvelle institution prévue à cet effet. Ces garanties parlementaires et nationales au principe de subsidiarité ont pour but de résorber un déficit démocratique⁵²⁵.

313. Le Conseil européen de juin 2006 a invité la Commission à tenir dûment compte des commentaires formulés par les parlements nationaux, notamment en ce qui concerne les principes de subsidiarité et de proportionnalité⁵²⁶.

Comme l'a annoncé le président Barroso, la Commission entend entretenir un dialogue avec les parlements nationaux⁵²⁷.

La France, l'Allemagne et la Grande-Bretagne ont proposé l'accès à la Cour de justice des structures représentant les collectivités publiques infranationales (Comité des Régions) et les parlements nationaux (COSAC : Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes).

Le Sénat français a proposé de mettre en place une instance spéciale de contrôle, un haut Conseil parlementaire, « composé de délégués des parlements nationaux, qui serait chargé de donner au Conseil des avis sur l'application du

thematiques/2005-referendum-traite-constitution-pour-l-europe/referendum-du-29-mai-2005.42598.html, (consulté le 12 Juin 2012), 9^e tiret du préambule et article 12

⁵²⁴ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne, C115/201, conformément à la déclaration 23

Vladimir CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité. » *RTDE*, 2005 41(2), p. 728

⁵²⁵ Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n°425 423. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux.

⁵²⁶ « Le dialogue de la Commission avec les parlements nationaux atteint de nouveaux sommets » , Communiqué de presse de la Commission Européenne, Bruxelles, 28 septembre 2009, IP/09/1368, en ligne: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>, (consulté le 12 juin 2012)

⁵²⁷ La communication de la Commission « Un projet pour les citoyens – Produire des résultats pour l'Europe » , adoptée le lendemain. Les chefs d'Etat et de gouvernement ont approuvé ces démarches visant à rapprocher l'Europe des citoyens.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

principe de subsidiarité⁵²⁸ ». Face aux réticences de ses homologues, il a proposé, dans un rapport du 23 octobre 1996, d'habiliter la Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes à donner un avis sur la conformité, au regard de la subsidiarité, de textes précis en Cours d'examen dont elle serait saisie, soit à la demande du Conseil, soit à la demande des organes spécialisés dans les affaires de l'Union Européenne, d'au moins deux « assemblées parlementaires » ne relevant pas du même Etat membre. Depuis 1992, les deux chambres s'interrogent sur les modalités de la mise en place d'un tel projet⁵²⁹.

314. Le gouvernement français a également proposé, lors de la conférence intergouvernementale de 1996, de confier à une instance émanant des parlements nationaux, prenant appui sur une Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes réformée, la charge de contrôler le respect de la subsidiarité. Le Parlement européen, la Commission et les Parlements de plusieurs États ont, avant de finalement l'approuver, exprimé leurs craintes que cette réforme n'aboutisse à un alourdissement de la procédure. Ce principe soulève également des inquiétudes dans la mesure où il est perçu comme un principe fédéraliste.

315. Enfin, la lettre des chefs d'État allemands et français relative au principe de subsidiarité, quoique sans effets juridiques immédiats, montre les espoirs placés dans ce principe autour de l'année 1998. Dans une lettre du 8 juin 1998, le Président Chirac et le Chancelier Kohl rappelaient, s'adressant à Tony Blair, Président du Conseil européen en exercice, que « L'objectif de la politique européenne n'a jamais été et ne peut être d'édifier un État central européen, c'est-à-dire une Europe organisée de manière centralisée » mais « une Union Européenne forte, capable d'agir tout en préservant la diversité des traditions politiques, culturelles et régionales ». Il s'agit de « corriger les excès de la centralisation ».

Ce texte, approuvé le même mois par les quinze Etats membres, appelle également à « traduire dans les faits le principe de subsidiarité ». Il a été perçu comme une critique implicite des initiatives de la Commission, lesquelles induisent une avancée spectaculaire en matière d'intégration, sans pour autant résorber des lacunes au niveau de la mise en œuvre des instruments, destinés à en garantir l'effectivité.

⁵²⁸Michel Poniowski au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes, Rapport d'information n° 45, 12 novembre 1992, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1992/r92-45-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012), idée d'une « chambre de la subsidiarité »

⁵²⁹Christian de la MALENE au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, Rapport d'information n°46 sur l'application du principe de subsidiarité, 23 octobre 1996, en ligne <http://www.senat.fr/notice-rapport/1996/r96-46-notice.html>, (consulté le 12 juin 2012)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Ni les textes, ni l'intervention des institutions politiques ne permettant et ne pouvant permettre d'écarter toute incertitude sur le sens et la portée du principe de subsidiarité, son interprétation juridictionnelle apparaît comme inévitable.

2. Le contrôle du principe de subsidiarité dans le Traité d'Amsterdam

316. L'annexion au traité d'Amsterdam du « protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité » a précisé le rôle des parlements nationaux dans le contrôle de la subsidiarité.

Selon ce protocole, « pour toute proposition de législation communautaire, les motifs sur lesquels elle se fonde font l'objet d'une déclaration tendant à justifier en démontrant qu'elle est conforme aux principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

Sur la base de ces textes, dix-huit parlements nationaux ou chambres parlementaires, dans quatorze États membres, contrôlaient la législation de l'UE pour sa conformité au principe de subsidiarité. Trois autres parlements nationaux vérifiaient occasionnellement si la législation de l'UE était conforme à la subsidiarité mais ne le faisaient pas systématiquement. Six autres parlements nationaux, sans participer à ce contrôle, n'écarteraient pas la possibilité de s'y prêter à l'avenir.

317. Le traité d'Amsterdam, avec le protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union Européenne dispose dans son point II5 que la Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes⁵³⁰ peut transmettre aux institutions européennes « toutes contributions qu'elle jugerait appropriées sur les activités législatives de l'Union, notamment en ce qui concerne l'application du principe de subsidiarité ». La contribution soumise par la Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes ne lie cependant pas les parlements nationaux. L'impact médiatique des positions de la Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes dépendra de l'adhésion des parlements nationaux à cette structure.⁵³¹

B. Le contrôle des parlements nationaux prévu par le traité de Lisbonne

318. Le Traité de Lisbonne, en consolidant le protocole sur le rôle des parlements nationaux dans le processus décisionnel et le protocole sur

⁵³⁰Conférence des organes spécialisés dans les affaires européennes (COSAC)

⁵³¹Marc LE SOLLEU, « Subsidiarité judiciaire et sanctions », Liège, *REA LEA*, 1998 n1-2, pp. 108-112.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité⁵³² annexés aux traités, permet le « renforcement des efforts d'information et de transparence vis-à-vis des parlements nationaux »⁵³³(1). Ils peuvent utiliser cette information pour agir par un mécanisme d'alerte précoce (2) ou en incitant leur gouvernement à saisir la Cour de justice (3). Les Parlements nationaux veillent également au respect de la subsidiarité lors de la transposition en droit interne des directives.

319. Il permet aux parlements nationaux d'exprimer des réserves formelles quant au respect du principe de subsidiarité dans les projets d'actes législatifs.

1. L'obligation d'information des institutions de l'Union Européenne à l'égard des parlements nationaux

320. Le renforcement du contrôle politique de la subsidiarité prévu par le traité de Lisbonne implique une auto-responsabilisation des institutions européennes. Dans cette perspective, le protocole prévoit la transmission par les institutions de l'Union Européenne aux parlements nationaux des projets d'actes législatifs⁵³⁴. Afin de garantir une meilleure transparence, il précise des obligations plus précises à la charge de la Commission, du Conseil des ministres et de la Cour des comptes en terme de diffusion de l'information.

⁵³²Ces protocoles reprennent et modifient ceux mis en place à la suite du traité d'Amsterdam.

⁵³³ « La construction européenne à travers les traités > Les procédures décisionnelles de l'Union, le principe de subsidiarité et le rôle des parlements nationaux » , en ligne : http://europa.eu/scadplus/constitution/subsidiarity_fr.htm#SUBSIDIARITY, (consulté le 22 novembre 2013)

« Enfin, la Constitution impose que la Commission envoie tous ses projets d'actes législatifs ainsi que ses projets modifiés aux parlements nationaux des Etats membres en même temps qu'au législateur de l'Union. Dès leur adoption, les résolutions législatives du Parlement européen et les positions du Conseil des ministres doivent également être envoyées par ceux-ci aux parlements nationaux. Il est également prévu que lors des cas d'urgence exceptionnelle où la Commission ne procède pas à des consultations publiques, elle soit tenue de motiver une telle décision dans sa proposition. »

⁵³⁴C'est-à-dire les propositions de la Commission, les initiatives d'un groupe d'Etats membres, les initiatives du Parlement européen, les demandes de la Cour de justice, les recommandations de la Banque centrale européenne et aux demandes de la Banque européenne d'investissement, visant à l'adoption d'un acte législatif européen. En pratique, la quasi-totalité des projets d'actes législatifs émane de la Commission européenne.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

La Commission envoie aussi aux parlements nationaux « le programme législatif annuel ainsi que tout autre instrument de programmation législative ou de stratégie politique qu'elle présenterait au Parlement européen et au Conseil » en plus de la transmission directe des documents de consultation de la Commission. En outre, la Commission doit désormais transmettre directement aux parlements nationaux tous ses projets d'actes législatifs européens en même temps qu'au Parlement européen et au Conseil.

Le Conseil des ministres doit envoyer ses ordres du jour et les procès-verbaux des sessions aux gouvernements nationaux ainsi qu'aux parlements nationaux. De même, la Cour des comptes est désormais tenue d'envoyer son rapport annuel à titre d'information aux parlements nationaux. Un délai de six semaines doit être observé entre la transmission d'un projet d'acte législatif aux parlements nationaux et son inscription à l'ordre du jour du Conseil, sauf en cas d'urgence.

Ces informations devraient être transmises simultanément à tous les parlements, une fois leur traduction en toutes les langues de l'Union achevée. Une application anticipée de documents européens est parfois possible⁵³⁵.

L'information des parlements nationaux favorise le déclenchement d'un mécanisme précoce si nécessaire.

2. Le mécanisme d'alerte précoce

321. En vertu de l'article 5§3, 2^e alinéa UE, les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité, conformément à la procédure prévue au protocole⁵³⁶ sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité⁵³⁷. La principale innovation du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité concernait la création d'un mécanisme de contrôle de l'application du principe de subsidiarité impliquant, directement et pour la première fois, les parlements nationaux⁵³⁸. Ce « mécanisme d'alerte précoce »⁵³⁹ permet aux Parlements d'émettre des réserves formelles quant au

⁵³⁵ La transmission directe s'effectue par voie électronique.

⁵³⁶ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne, C115/201

⁵³⁷ Denys SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire », in *Revue des affaires européennes*, 1998, p. 84-94.

⁵³⁸ http://europa.eu/scadplus/constitution/subsidiarity_fr.htm (consulté le 10 Avril 2012) sur la procédure de contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux.

⁵³⁹ Ce mécanisme trouve ses origines dans le TECE.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

respect du principe de subsidiarité dans les projets d'actes législatifs⁵⁴⁰ et de dénoncer les risques de violation du principe de subsidiarité par les institutions européennes. A cette fin, les élus nationaux peuvent solliciter des précisions auprès de la Commission européenne s'ils suspectent une violation du principe par un projet d'acte.

322. Tout Parlement national ou toute chambre d'un Parlement national dispose de huit semaines, à compter de la date de transmission d'un projet d'acte législatif en toutes les langues, pour adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission un avis motivé exposant les raisons

Traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 Mai 2005, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/dossiers-thematiques/2005-referendum-traite-constitution-pour-l-europe/referendum-du-29-mai-2005.42598.html>, (consulté le 12 Juin 2012)

⁵⁴⁰ Travaux Parlementaires, rapport d'informations, Le traité de Lisbonne, <http://www.senat.fr/rap/r07-188/r07-18825.html>, (consulté le 22 novembre 2013): « - dans un délai de huit semaines (et non plus six) à compter de la transmission d'un projet d'acte législatif, toute chambre d'un Parlement national peut adresser aux institutions de l'Union un « avis motivé » exposant les raisons pour lesquelles elle estime que le texte ne respecte pas le principe de subsidiarité. Les institutions de l'Union « tiennent compte » des avis motivés qui leur sont adressés. Lorsqu'un tiers des parlements nationaux a adressé un avis motivé à la Commission, le projet doit être réexaminé (pour les textes relatifs à la coopération policière et à la coopération judiciaire en matière pénale, ce seuil est abaissé à un quart). Dans l'application de cette règle, chaque Parlement national dispose de deux voix; dans un système bicaméral, chaque chambre dispose d'une voix; après l'adoption d'un texte, la Cour de justice peut être saisie par un Etat membre d'un recours pour violation du principe de subsidiarité émanant d'un Parlement national ou d'une des chambres de celui-ci. Le recours doit être formellement présenté par le gouvernement d'un Etat membre, mais le protocole ouvre la possibilité qu'il soit simplement « transmis » par ce gouvernement, l'auteur véritable du recours étant le Parlement national ou une chambre de celui-ci.

Ce mécanisme d'alerte précoce est renforcé par le Traité de Lisbonne lorsque le projet d'acte législatif relève de la procédure législative ordinaire: - si un projet d'acte législatif soumis à la procédure législative ordinaire est contesté à la majorité simple des voix attribuées aux parlements nationaux et si la Commission décide de le maintenir, le Conseil et le Parlement doivent se prononcer sur la compatibilité de ce projet avec le principe de subsidiarité; si le Conseil (à la majorité de 55% de ses membres) ou le Parlement (à la majorité simple des suffrages exprimés) donne une réponse négative, le projet est écarté.»

Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

pour lesquelles il estime que le projet en cause ne respecte pas le principe de subsidiarité.

La Commission doit répondre à tous les avis motivés qu'elle reçoit des parlements nationaux. L'incidence formelle de ces avis sur la procédure législative dépend du nombre d'avis communiqués sur une proposition donnée dans le délai de huit semaines. Le protocole n° 2 prévoit plusieurs seuils, appelés « cartons jaunes » et « cartons oranges »⁵⁴¹.

323. Selon la procédure du « carton jaune », la Commission doit revoir sa proposition si plus d'un tiers des avis des Parlements (une voix par chambre dans les Parlements bicaméraux et deux voix dans les Parlements monocaméraux) sont négatifs (un quart dans le domaine « Justice et affaires intérieures »). Chaque parlement national dispose de deux voix, réparties en fonction du système parlementaire national. Ce seuil est d'au moins un quart lorsqu'il s'agit d'une proposition de la Commission ou d'une initiative émanant d'un groupe d'États membres dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

La procédure du « carton orange » est déclenchée si, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, au moins une majorité simple des voix attribuées aux parlements nationaux conteste la conformité d'une proposition législative à la subsidiarité.

La Commission, après avoir réexaminé la proposition, peut décider de la maintenir, de la modifier ou de la retirer. Elle doit motiver sa décision.

Si elle décide de maintenir sa proposition, dans le cadre de la procédure du « carton orange », la question est renvoyée au législateur (le Parlement européen et le Conseil), qui se prononce en première lecture. La Commission doit justifier au préalable, dans un avis motivé adressé au Parlement européen et au Conseil, les raisons pour lesquelles la proposition est conforme au principe de subsidiarité.

Le législateur peut rejeter à la majorité de 55 % des membres du Conseil ou de la majorité simple des voix exprimées au Parlement européen avant la fin de la première lecture, une proposition législative qu'il considérerait comme incompatible avec le principe de subsidiarité.

Ces procédures s'appliquent aux compétences partagées. Elles ne concernent pas les documents non législatifs tels que les communications ou les livres verts⁵⁴².

⁵⁴¹ Lettre du président Barroso et de la vice-présidente Wallström du 1er décembre 2009.

⁵⁴² *Parlement européen / Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-130/10, 19 juillet 2012, §32 sur l'influence du champ d'application de la PESC sur les prérogatives que leur confèrent les protocoles sur leur rôle et sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

324. Enfin, en vertu de l'accord cadre du 20 novembre 2010⁵⁴³, le Parlement et la Commission s'engagent à coopérer dans le domaine des relations avec les parlements nationaux pour faciliter l'exercice par ces derniers de leur pouvoir de contrôle lié au principe de subsidiarité.

Depuis la consolidation de ces protocoles par le traité de Lisbonne, les parlements nationaux peuvent désormais alerter publiquement les institutions européennes, mais aussi leur propre gouvernement, sur tout projet d'acte législatif européen qui ne leur paraîtrait pas respecter le principe de subsidiarité.

2. Le recours juridictionnel offert aux parlements nationaux

325. L'article 8 du protocole n° 2 dispose que la Cour de justice de l'Union Européenne est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation d'un acte législatif pour violation du principe de subsidiarité, formé, conformément aux modalités prévues à l'article 263 TFUE, par un État membre ou transmis par celui-ci conformément à son ordre juridique au nom de son Parlement national ou d'une chambre de ce dernier dans un délai contentieux de deux mois à compter de la publication de l'acte.⁵⁴⁴ Cette disposition apparaît comme « un bon compromis entre ceux qui souhaitaient permettre aux régions - surtout à celles disposant de compétences législatives - de saisir la Cour de justice et ceux qui demeuraient attachés au monopole de la représentation de l'État par le gouvernement »⁵⁴⁵. Cependant, le recours des parlements nationaux n'est qu'indirect et partant, l'ouverture opérée par le Traité de Lisbonne est finalement limitée puisque les Parlements doivent passer par le relais des États membres qui disposaient déjà du droit d'agir en annulation sur ce fondement.

326. Cette disposition, selon laquelle les parlements nationaux peuvent demander à leurs gouvernements de saisir la Cour de justice de l'Union Européenne en leurs noms, s'ils considèrent qu'un acte juridique viole le principe de subsidiarité, a été rajoutée au texte du traité constitutionnel européen à l'initiative des Pays-Bas.

Ces procédures permettent d'éviter que la Cour ne prenne des initiatives dépassant ses compétences mais ne doivent pas pour autant la bloquer dans son action.

327. La question se pose de savoir dans quelle mesure les chambres parlementaires sont dépendantes du gouvernement de leur État pour former un

⁵⁴³Accord-cadre sur les relations entre le Parlement européen et la Commission européenne, 20 novembre 2010, JOUE n° L 304 du 20 novembre 2010.

⁵⁴⁴Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C115 du 9 mai 2008, art. 263

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

tel recours⁵⁴⁶. Il semble que la compétence d'un gouvernement soit liée dans la mesure où il n'est mentionné que pour la transmission du recours. Dans

328. Les États où la majorité parlementaire et gouvernementale ne coïncide pas toujours, une telle interprétation peut poser un problème pratique dans l'hypothèse où le gouvernement pourrait être contraint de transmettre un recours contre un acte qu'il a lui-même approuvé au Conseil des ministres. Le protocole renvoie au droit des États membres pour transposer cette obligation. Par conséquent, il revient à chaque État d'éviter ce genre de contradiction.

Un contrôle juridictionnel d'origine parlementaire pourrait amener la Cour à opérer un contrôle plus approfondi en raison de la plus grande légitimité de l'auteur de ce recours. De tels recours demeurent possible même si les parlements s'abstiennent pour leur de les mettre en œuvre. L'étendue du contrôle opéré par la Cour lors d'une telle saisine pourrait rétroagir sur la qualité du contrôle parlementaire de la subsidiarité.

C. Le contrôle des parlements nationaux dans la pratique

329. Les avis des Parlements nationaux ont permis à deux reprises le déclenchement de la procédure du « carton jaune » mais jamais pour l'heure de celle du carton orange(1). Les droits nationaux ont dû s'adapter afin de permettre la mise en œuvre de la procédure prévue par le traité de Lisbonne, l'exemple français est emblématique (2). Les Parlements nationaux semblent peu à peu apprivoiser des mécanismes de contrôle (3), et ainsi dépasser certaines de leurs limites.

1. La mise en œuvre du mécanisme d'alerte précoce

330. La procédure du « carton jaune » a été déclenchée pour la première fois en 2012, concernant la proposition de la Commission en vue d'un règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶En France par exemple, la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères assure l'entier suivi de la procédure contentieuse et détient, en pratique, le monopole de représentation de l'État devant les juridictions internationales.

⁵⁴⁷Proposition « Monti II » , COM (2012) 130 final.

Des avis motivés ont été émis par 12 chambres des parlements nationaux représentant un total de 19 voix (seuil fixé par le protocole n° 2 = 18).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

331. L'examen approfondi des avis motivés n'a pas permis à la Commission de constater une violation du principe de subsidiarité. Elle a toutefois choisi de retirer la proposition, le 26 septembre 2012. Des réponses ont été envoyées aux chambres qui avaient présenté un avis et la décision de retrait a été publiée au Journal officiel du 16 avril 2013.

332. En 2012, la Commission a reçu soixante-dix avis motivés des parlements nationaux, ce qui représente une légère augmentation (9 % environ) par rapport à l'année précédente (64 avis reçus en 2011). En revanche, comme en 2010 et 2011, ces avis motivés n'ont représenté qu'un peu plus de 10 % du nombre d'avis reçus au total en 2012 par la Commission, dans le cadre de son dialogue politique élargi avec les parlements nationaux (663)⁵⁴⁸.

333. La forme des avis motivés, de même que le type d'arguments avancés par les parlements nationaux à l'appui de leur conclusion selon laquelle le principe de subsidiarité n'est pas respecté, reste très hétéroclite. Tout comme l'année précédente, les soixante-dix avis motivés émis par les parlements nationaux ont porté sur des aspects très variés. Ils ont concerné pas moins de 23 propositions de la Commission. Après la proposition Monti II (12 avis motivés), c'est la proposition de règlement relatif au Fond européen d'aide aux plus démunis qui a suscité le plus grand nombre d'avis motivés (5). Huit autres propositions ont donné lieu à trois avis motivés chacune (voir l'annexe pour plus de détails). Cette tendance semble confirmer la diversité des intérêts politiques des parlements nationaux, lesquels n'ont pas les mêmes priorités lorsqu'ils choisissent les propositions de la Commission qui seront examinées dans le cadre du mécanisme de contrôle de la subsidiarité et appliquent des critères différents lorsqu'ils apprécient le respect du principe de subsidiarité. La coordination entre les différents parlements nationaux reste donc un défi à relever.

334. 2013 a vu, pour la deuxième fois, le brandissement d'un « carton jaune » par les parlements nationaux dans le cadre du mécanisme de contrôle de la subsidiarité, à savoir sur la proposition de la Commission de règlement du Conseil portant création du Parquet européen⁵⁴⁹. La Commission a maintenu sa proposition qui selon elle n'enfreignait pas le principe de subsidiarité⁵⁵⁰.

En 2013, la Commission a reçu 88 avis motivés de parlements nationaux sur le respect du principe de subsidiarité (voir annexe), soit une augmentation de 25 % par rapport à l'année précédente (soixante-dix avis motivés en 2012). Les avis

⁵⁴⁸ Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 20e rapport « Mieux légiférer », 2012, Bruxelles, le 30.7.2013 COM (2013) 566 final.

⁵⁴⁹ La proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, COM (2013) 534 final. Comme la proposition concernait le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, un total de 14 voix (1/4 des 56 voix totales) était requis pour déclencher la procédure. À l'expiration du délai fixé, la Commission avait reçu des avis motivés de 14 chambres représentant 18 voix.

⁵⁵⁰ COM (2013) 851 final.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

motivés reçus en 2013 représentaient également une proportion plus élevée (14 %) du nombre total d'avis reçus par la Commission dans le cadre du dialogue politique plus large avec les parlements nationaux (621). En 2012 et 2011, un peu plus de 10 % des avis étaient des avis motivés.

Les avis motivés continuent à varier fortement dans la forme et dans le type d'arguments avancés par les parlements nationaux, à l'appui de leur conclusion selon laquelle le principe de subsidiarité a été violé. Comme en 2012, les parlements nationaux en 2013 ont émis des avis motivés sur des sujets variés⁵⁵¹. Les quatre-vingt-huit avis motivés émis portaient sur trente-six propositions de la Commission. La proposition relative au Parquet européen a donné lieu à treize avis motivés; le deuxième plus grand nombre d'avis motivés (neuf) ont été émis à propos de la proposition de directive établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime et la gestion intégrée des zones côtières. Les parlements nationaux ont émis sept avis motivés sur la proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente du tabac et de ses produits, ainsi que sur la proposition de règlement établissant un cadre pour l'accès au marché des services portuaires et la transparence financière des ports (pour plus de détails, voir l'annexe du présent rapport).

2. L'exemple français de mise en œuvre de la procédure prévue par le traité de Lisbonne

335. Comme d'autres pays de l'Union Européenne, la France a, ces dernières années, valorisé le rôle du Parlement dans le contrôle du principe de subsidiarité.

Le droit français a été aménagé afin de permettre la saisine de la Cour de justice par l'une des assemblées du Parlement (a). De plus le Sénat a adopté, dès mai 2012, une résolution portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité, de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives (b).

a. L'ouverture à chaque assemblée d'un recours devant la Cour de justice

336. La loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution française permet la mise en œuvre de ce type de recours. L'article 88-6 alinéa 2 de la Constitution a été modifié de manière à permettre à chaque assemblée de former un recours devant la Cour de justice de l'Union Européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union Européenne par le gouvernement. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs validé la résolution modifiant le règlement du Sénat pour mettre en œuvre les dispositions de l'article 88-6 de la Constitution. Celle-ci définit la procédure pour l'adoption, dans un délai maximal de huit semaines, sous forme d'une résolution, des décisions de former un recours devant la Cour de justice au regard du principe de subsidiarité. La résolution précise ainsi le droit ouvert à soixante sénateurs de former un recours contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité (37). Les modalités de mise en œuvre du protocole n° 2 en France suggèrent un élargissement très probable du contentieux lié au respect du principe de subsidiarité par les actes législatifs européens devant la Cour de justice. L'alignement opéré entre la saisine du Conseil constitutionnel et la saisine de la Cour de justice par les Parlementaires français plaide en ce sens ; les mêmes causes pouvant avoir les mêmes effets, on peut supposer de nombreuses saisines de la Cour, comme cela a été le cas pour le Conseil constitutionnel à partir de 1974.

b. L'évaluation par le Sénat français de la conformité au principe de subsidiarité d'un règlement

337. Le 22 mai 2012, le Sénat français a adopté une résolution, portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité, de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives⁵⁵².

La Commission s'est, par conséquent, trouvée dans l'obligation de réexaminer son projet.

Le Sénat a considéré que la Commission n'a pas satisfait à l'obligation d'attirer l'attention des parlements nationaux sur la justification du texte au regard du principe de subsidiarité, comme le lui impose l'article 352 § 3 TFUE. De plus, l'article 352 § 3 prévoit qu'il est désormais impossible d'utiliser cette base juridique pour procéder à une harmonisation dans des matières où les dispositions du traité excluent une telle harmonisation. Le Sénat a été suivi par d'autres Parlements ou Chambres, autrichien, belge, tchèque, danois et finlandais en particulier, pour des motifs semblables⁵⁵³.

⁵⁵²Cette proposition, relevant du « paquet Monti II » , était censée répondre aux inquiétudes suscitées par la jurisprudence de la Cour de justice qui avait semblé subordonner les droits d'action collective des travailleurs au respect des libertés économiques.

Viking, Affaire C-438/05, 11 décembre 2007; *Laval*, Affaire C-341/05, 18 décembre 2007

⁵⁵³Mathieu Le SOUDEER, *Le contrôle du principe de subsidiarité par le Parlement français*, Institut de droit comparé de Paris, Mémoire de Master, 2011.

3. Les limites au contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux

338. En premier lieu, les parlements nationaux représentent les intérêts d'une nation et non de l'Union Européenne dans son ensemble. Par conséquent, ce principe pourrait être instrumentalisé par les parlementaires pour rééquilibrer des pouvoirs en leur faveur.

339. En second lieu, le caractère ponctuel du mécanisme d'alerte précoce pourrait orienter l'évaluation par les parlementaires de la mesure envisagée.

Parmi les limites pratiques nationales à la mise en œuvre du mécanisme d'alerte précoce, peuvent être mentionnés le manque de familiarité des parlementaires avec ce mécanisme, le manque de temps dont disposent ces derniers. Peuvent également être cités des obstacles matériels : manque de moyens, logiciel de saisine défaillant⁵⁵⁴.

Ces limites découlent également des réticences de la Cour de justice à arbitrer un différend entre parlements nationaux et institutions européennes ou entre les chambres d'un parlement national.

340. Le mécanisme d'alerte précoce contribue à politiser le contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité. Si les parlements nationaux alertent le législateur européen sur le potentiel non-respect du principe de subsidiarité par un texte, le législateur européen peut décider de le modifier mais aussi de maintenir sa position après avoir « tenu compte » de l'avis des parlements nationaux. Si la Cour était saisie sur le respect du principe de subsidiarité par ces textes par ces mêmes parlements nationaux, elle pourrait se trouver dans la délicate obligation de trancher un différend politique entre ces derniers et les institutions européennes.

341. La Cour pourrait également avoir à arbitrer un différend entre les deux chambres parlementaires d'un État membre. L'Assemblée nationale et le Sénat français ont, par exemple, adopté une position différente à propos de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 562/2006, afin d'établir des règles communes relatives à la

⁵⁵⁴Intervention de Arnaud MAGNIER, Conseiller auprès du Secrétariat général aux affaires européennes, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires sur Les fonctions de l'identité dans le cadre de l'Union Européenne lors du Colloque L'identité croisée des Etats et de l'Europe à l'Institut Louis Favoreu organisé par le Groupe d'Etudes et de Recherches Comparées sur la Justice Constitutionnelle.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵Résolution européenne de l'Assemblée nationale du 8 nov. 2011 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil . règl. (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, 8 nov. 2011. Comp. résolution du Sénat du 21 déc. 2011 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modif. règl. (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles. Cette divergence s'explique en partie par le changement de majorité au Sénat qui a eu lieu le 25 sept. 2011.

SECTION 2. L'INFLUENCE DES INSTITUTIONS POLITIQUES INFRA-ETATQUES DANS LE CONTROLE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

342. Depuis les débuts de la construction européenne, la nécessité d'une application du principe de subsidiarité aux régions européennes est mentionnée (A). Le Comité des Régions a instauré un « réseau de monitoring » sur la subsidiarité afin d'en concrétiser l'application (B). Enfin, le traité de Lisbonne a autorisé la saisine de la Cour de justice par le Comité des Régions (C).

A. La nécessité d'une application du principe de subsidiarité aux régions européennes

343. Le principe de subsidiarité régit les relations entre une organisation internationale et des États, entre un État fédéral et des États fédérés mais également entre un État et des collectivités locales, ou encore entre un État interventionniste et la sphère privée. Le principe de subsidiarité, pour devenir principe directeur, nécessite une structure fédérale même sous l'échelon des États membres. Il nécessite la prise en compte des entités inférieures à l'échelon national. Les institutions européennes constituent un nouvel échelon de pouvoir dans la hiérarchie des niveaux de pouvoir. Elles ne gommant pas les niveaux de pouvoir déjà existants. Le principe de subsidiarité demeure pertinent pour organiser les relations entre les États, les régions, les personnes privées et les particuliers. Cependant, l'octroi de pouvoirs aux régions ne doit pas conduire à dépouiller les États de leurs compétences⁵⁵⁶.

344. En 1957, l'Allemagne était le seul État membre à être fédéral ; les régions belges, par exemple, ne possédaient pas de régions administratives leur donnant un caractère fédéral. La politique de l'Union Européenne intéresse les

⁵⁵⁶Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'Institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? » , Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013): « aussi - comme les Länder allemands me l'ont rappelé récemment, et comme la Commission en a retenu la leçon dans son avis du 21 octobre sur l'Union politique, une contrainte permanente dans l'exercice effectif de celles des compétences qui ont été transférées au centre. Mais, d'un autre côté, l'exercice quotidien des compétences ne doit pas se traduire par des excès de pouvoirs qui laisseraient les Etats ou les régions désarmés » .

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

régions dans de nombreux cas : politique régionale, politique des transports, politique sociale, politique de l'environnement, de la recherche et des nouvelles technologies. Elles ont donc établi des antennes à Bruxelles afin de s'informer des activités de la Commission ou du Conseil lors de la préparation de la législation de l'Union Européenne.

Les divergences entre les Etats membres, pourraient constituer un obstacle au contrôle du principe de subsidiarité par ces derniers. L'Allemagne souhaiterait préserver les compétences des länder, la France souhaiterait conserver le pouvoir national de transposer les règlements européens, l'Italie souhaiterait déréglementer⁵⁵⁷.

345. Le fait que le juge national soit juge de droit commun de l'application du droit de l'Union Européenne a pu renforcer la crainte que le contrôle de ce principe ne soit utilisé pour légitimer les débordements étatiques. Les collectivités locales craignaient d'autant plus de tels excès qu'elles ne pouvaient pas défendre leurs compétences par un recours judiciaire et que le Comité des régions n'intervenait alors à aucun moment⁵⁵⁸ dans le contrôle de la subsidiarité par le Conseil⁵⁵⁹.

346. La Commission a donc instauré le 24 juin 1988 un conseil consultatif des collectivités régionales et locales⁵⁶⁰, composé d'élus régionaux chargés de donner leur avis sur les politiques régionales envisagées par la Commission.

Dans une résolution unanime, les participants d'une conférence sur l'Europe des régions, tenue à Munich les 18 et 19 octobre 1989, ont exigé que trois échelons soient reconnus : la Communauté européenne, l'Etat nation et enfin les Communautés autonomes (régions, länder). La réforme des fonds structurels de la Communauté a été introduite par la notion de partenariat à trois niveaux⁵⁶¹. La Commission européenne, les gouvernements nationaux et les autorités locales

⁵⁵⁷ Igor BERNICE et Vladmir CONTANTINESCO, *La question des compétences communautaires vue d'Allemagne et de France*, Paris, Notre Europa, Juillet 2002, papier 6/02, en ligne: www.whi-berlin.ue/documents/whipqper0602.pdf (consulté le 23 novembre 2013).

⁵⁵⁸ Depuis le traité de Lisbonne, il peut saisir la Cour si le principe de subsidiarité n'a pas été pris en compte de façon valable

⁵⁵⁹ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C115 du 9 mai 2008, art. 15.

⁵⁶⁰ Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité. » *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, Paris, novembre-décembre 1998 n425. p. 655 : propos de Robin Cook en vue de renforcer les liens entre les parlements nationaux..V note 43 p. 652.

⁵⁶¹ Kurt SCHELTER, « La subsidiarité: principe directeur de la future Europe » , *Revue du Marché commun*, no844, février1991, pp.138-140.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

ou régionales agissent ensemble pour créer des programmes d'aide de l'Union Européenne.

Ceci nécessite que les Etats renforcent les régions en créant des administrations autonomes avec des tâches indépendantes à accomplir ou ayant leur propre responsabilité

Les 24 et 25 avril 1990, une conférence sur l'Europe des régions s'est déroulée à Bruxelles. L'importance du rôle des régions dans la construction de la maison européenne et la nécessité d'un Parlement à légitimation démocratique, doté de compétences nécessaires, y ont été rappelées.

B. Le lancement par le Comité des Régions d'un réseau de monitoring de la subsidiarité

347. Conformément à l'objet du principe de subsidiarité, le Comité des régions rappelle, à plusieurs reprises, l'importance de conférer des moyens d'action aux collectivités territoriales afin d'équilibrer les rapports entre les niveaux de gouvernement au profit des collectivités les plus proches de l'individu. Les länder⁵⁶² ont obtenu une obligation de l'État de déposer plainte devant la Cour de justice si un land ou une région le demande.

Les 1^{er} et 2 juin 1995, lors d'une rencontre à Messine pour préparer 1996⁵⁶³, le problème d'inclure les régions dans l'article 5§3B a été abordé. Si les institutions ne voulaient pas modifier l'article 5§3B, les Etats, particulièrement ceux dotés d'une structure fédérale, ainsi que le Comité des régions, ont exprimé leurs craintes de voir les régions ignorées par le principe de subsidiarité tel que

⁵⁶²L'article 30 de la Loi fondamentale allemande donne une compétence de principe aux länder, l'article 72 prévoit, quant à lui, que les länder sont habilités dans le cadre des compétences concurrentes à légiférer tant que le Bund n'utilise pas de son pouvoir législatif. Le Bund peut intervenir lorsqu'une question ne peut être résolue efficacement par les différents länder, lorsque la législation d'un land peut porter atteinte aux intérêts d'un autre ou à l'ensemble ou lorsque l'exige la sauvegarde de l'unité économique et juridique de la fédération. Depuis la révision de 1992 à la suite du traité de Maastricht, la loi fondamentale contient une mention expresse du principe de subsidiarité (article 23-1), plutôt conçu comme un frein à l'extension des compétences communautaires, un droit de saisine de la Cour de justice au bénéfice du Comité des Régions a été invoqué sans succès par les länder.

⁵⁶³Rapport de ce groupe présenté lors du conseil européen de Madrid, Madrid, 15 et 16 décembre 1995, en ligne: http://www.cvce.eu/obj/conseil_europeen_de_madrid_15_et_16_decembre_1995-fr-925967f1-ddac-4a67-91dd-fc6de6250c1c.html (consulté le 10 avril 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

formulé à l'article 5§3B⁵⁶⁴. Le Conseil a soulevé la nécessité d'appliquer la subsidiarité aux collectivités locales⁵⁶⁵ car elles n'ont pas à leur disposition les concepts, les procédures et l'organisation dont bénéficient les autres régions⁵⁶⁶.

Lors du traité d'Amsterdam, l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique ont à nouveau mentionné les intérêts des régions dans une déclaration⁵⁶⁷.

348. Le livre blanc⁵⁶⁸, élaboré par le CCRE le 29 mars 2001, rappelle le souhait de régions, dotées de pouvoirs législatifs au niveau national, d'accroître leur participation au processus de décision formel, conformément au principe de subsidiarité⁵⁶⁹. Le CCRE rappelle que si un cadre est mis en place pour mobiliser

⁵⁶⁴Pierre-Alexis FERRAL, « Le principe de subsidiarité à la lumière du traité d'Amsterdam », *Revue des Affaires Européennes*, 1998, n. 1 et 2

Le Comité des Régions s'est réuni les 9 et 10 mars 94: les pouvoirs publics n'interviennent pas lorsque les citoyens peuvent le faire effectivement, la Commission est invitée à « tenir dûment compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge financière ou administrative, incombant (...) aux autorités locales, soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre» Un rapport annuel sur l'application de 3B lui sera présenté» proposait de formuler les régions et collectivités locales), pas de clause de caducité, pas de liste des compétences des états et de l'Union.

⁵⁶⁵*Subsidiarité et collectivités locales*, Question n E 2936/93 de M Victor ArbeloaMuru (PSE) au conseil des Communautés européennes, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, n30 (1),p. 332, (18 octobre 93), (94/C 102/08)

⁵⁶⁶Question n 2475 de lord O'Hagan (PPE) à la Commission des Communautés européennes et Réponse donnée par Jacques Delors au nom de la Commission le 24 septembre 1993, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, n30 (1), p. 138, (24 78 octobre 1992) (2493/C 2297/2423)

Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Edimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, *Bulletin des Communautés Européennes* d'octobre 1993, p. 147.

⁵⁶⁷Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, *Journal officiel* des Communautés européennes du 10 novembre 1997, C 340/1

⁵⁶⁸Conseil des Communes et Régions d'Europe, « Un livre blanc sur la gouvernance européenne

« approfondir la démocratie, une plus grande implication des Collectivités Locales et Régionales» , Bruxelles, 29 mars 2001, en ligne: [http://ec.europa.eu/governance/Conseil des Communes et des Régions d'Europe_declaration_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/Conseil_des_Communes_et_des_Régions_d'Europe_declaration_fr.pdf), (consulté le 12/06/12)

⁵⁶⁹Conseil des Communes et Régions d'Europe, « Un livre blanc sur la gouvernance européenne

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

les partenaires locaux et régionaux, il devra respecter le principe de subsidiarité⁵⁷⁰.

Le président du Comité des régions, Peter Straub, a rencontré le 13 juillet 2004, à Paris, le président du Sénat Français, Christian Poncelet, afin de préparer la mise en œuvre en France du nouveau système de contrôle de la subsidiarité prévu par la Constitution européenne. Ce système de contrôle confère au Comité des Régions et aux parlements nationaux des compétences nouvelles dans le contrôle de la mise en œuvre du principe de subsidiarité⁵⁷¹.

349. La première assise sur la subsidiarité a été organisée le 27 mai 2004⁵⁷² par le Comité des Régions dans un lieu symbolique, le Bundesrat⁵⁷³ de Berlin. L'objectif de ces assises est de faire progresser le processus constitutionnel ouvert à Laeken. Il s'agit en particulier de mettre en place un dispositif d'évaluation et de contrôle du principe de subsidiarité⁵⁷⁴. Ces

« approfondir la démocratie, une plus grande implication des Collectivités Locales et Régionales », Bruxelles, 29 mars 2001, en ligne: [http://ec.europa.eu/governance/Conseil des Communes et des Régions d'Europe_declaration_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/Conseil_des_Communes_et_des_Régions_d'Europe_declaration_fr.pdf), (consulté le 12/06/12), p. 13

⁵⁷⁰ Conseil des Communes et Régions d'Europe, « Un livre blanc sur la gouvernance européenne

« approfondir la démocratie, une plus grande implication des Collectivités Locales et Régionales », Bruxelles, 29 mars 2001, en ligne: [http://ec.europa.eu/governance/Conseil des Communes et des Régions d'Europe_declaration_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/Conseil_des_Communes_et_des_Régions_d'Europe_declaration_fr.pdf), (consulté le 12/06/12), p. 16.

⁵⁷¹ Rencontre au Sénat entre Peter STRAUB et Christian PONCELET sur la subsidiarité, Comité des Régions, 13 juillet 2004, COR/04/58, en ligne: <http://europa.eu/> (consulté le 7 novembre 2013)

⁵⁷² Moment clé de l'agenda politique européen: à la veille des élections européennes du 13 juin et du Conseil européen du 17 juin, qui pourrait marquer un pas décisif vers l'adoption d'une Constitution pour les Européens.

⁵⁷³ La loi fondamentale allemande fait en effet implicitement référence au principe de subsidiarité qui est l'une des bases de l'organisation de la République fédérale d'Allemagne et s'applique dans le cadre de la répartition des compétences entre les länder et la Fédération (Bund). De plus, ce sont les länder allemands qui, les premiers, se sont mobilisés pour imposer dans le processus de réforme de l'Union la problématique de la répartition des compétences et du respect du principe de subsidiarité.

Jurgen SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne* 1993 70 615. pp. 24-32.

⁵⁷⁴ Premières Assises sur la subsidiarité organisées par le Comité des Régions au Bundesrat: un ultime appel pour une Constitution européenne, Référence: COR/04/48 Date: 25/05/2004

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

premières assises se posent des questions essentielles sur l'avenir de l'Europe et sur la contribution du Comité des Régions aux travaux de la Convention européenne. Les autorités politiques locales ou régionales, en acquérant un rôle politique, ont contribué à redéfinir le principe de subsidiarité.

Eric Philipart, membre de la task force de la Commission sur la subsidiarité, a soulevé les risques d'un contrôle du principe de subsidiarité, un tel contrôle risquant d'être considéré comme un système de punition. Gottfried Kneifel, représentant du Parlement autrichien, a exprimé des positions similaires.

Cette approche de la Commission a été critiquée par le Comité des Régions. Manfred Dammeyer (DE, PSE), ancien Président du Comité des Régions, a déclaré que le Comité des Régions ne saurait être « considéré comme subordonné » à la Commission. Eberhardt Sinner, ministre bavarois des Affaires européennes, a quant à lui, rappelé que le principe de subsidiarité a été violé « à maintes reprises » et qu'on assistait à un « déficit de subsidiarité ».

350. La question s'était posée de savoir si le Comité des Régions devait être autorisé à déposer un recours contre la Commission devant la Cour de justice en cas de violation du principe de subsidiarité. M. Grenfell, Président de la Commission des Affaires européennes de la Chambre des Lords britannique partage une position semblable. Hans Kaiser (DE, PPE), Isidoro Gottardo (IT, PPE) et José María Muñoa Ganuza, délégué du Président du gouvernement basque pour les relations extérieures (ES, AE), considéraient qu'un tel recours serait utile mais devrait être utilisé avec parcimonie.

Selon Francis Jacobs, avocat général de la Cour de justice, le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au projet de Constitution, constitue une « innovation considérable » du système juridique de l'Union. « Il s'agit a priori de l'unique cas où un organe autre que les Etats membres et les trois institutions politiques (le Parlement, le Conseil et la Commission) dispose d'un droit de recours devant la Cour qui ne se limite pas à la défense de ses propres prérogatives. Il semblerait que le Comité des régions puisse présenter des affaires de nature tout à fait générale relatives au principe de subsidiarité », a-t-il indiqué à titre personnel.

351. Le Comité des Régions a dans son avis « Mieux légiférer » d'octobre 2005, élaboré par son actuel Président Michel Delebarre (F/PSE), prévu l'instauration d'un réseau d'autorités locales et régionales. Ce réseau a été testé en 2005/2006. Il permet aux instances politiques des régions et autorités locales,

Ces assises réunirent les protagonistes politiques des principales institutions européennes, nationales ou régionales concernées par ce projet de Constitution autour des membres de la Commission des affaires constitutionnelles du Comité des Régions.: M. Ingo FRIEDRICH, Vice-président du Parlement européen, M. Antonio DE LECEA, membre du cabinet du président.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

chargées dans 70% des cas de mettre en œuvre la législation européenne, de recevoir directement les propositions législatives de la Commission européenne et de se faire davantage entendre.

Comme l'a déclaré Michel Delebarre, « l'Europe se construit dans les régions et les villes. Le réseau de monitoring de la subsidiarité leur permettra de nourrir le débat européen et, ce faisant, d'accroître la légitimité des politiques européennes auprès de nos populations ». Ce réseau permet entre autres de matérialiser le principe de subsidiarité. Chaque année, le bureau du Comité et la Commission déterminent les réseaux prioritaires soumis au réseau sur la subsidiarité.

352. Le 27 Juin 2007, le Comité des Régions, soutenu par le Conseil européen⁵⁷⁵, a réaffirmé que la subsidiarité et la proportionnalité seraient des principes clés de la réforme des institutions européennes⁵⁷⁶. Il a rappelé la nécessité de rendre ces principes effectifs par des mesures concrètes.

Le Comité des Régions rappelle dans sa déclaration d'Oulu : « bien gouverner aujourd'hui en Europe » que le principe de subsidiarité devrait « renforcer l'efficacité des politiques européennes à travers plus de décentralisation, de démocratie, de transparence et de participation. »⁵⁷⁷ Son livre blanc mentionne que « le principe de subsidiarité et de proximité sont les fondements d'un système moderne de gouvernance », le principe de subsidiarité étant l'un des sept principes fondateurs d'un nouveau modèle de gouvernance européenne.

353. Dans le mandat attribué par le Conseil Européen à la Conférence Intergouvernementale chargée de se pencher sur la réforme des institutions de l'Union, l'importance du principe de subsidiarité est clairement rappelée, conformément à la demande du comité des régions d'inclure les collectivités territoriales dans ce principe⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ Mandat donné par le dernier Conseil Européen à la Conférence Intergouvernementale chargée de se pencher sur la réforme des institutions de l'Union.

⁵⁷⁶« Le Comité des Régions lance un appel à candidature pour son réseau de monitoring de la subsidiarité », Communiqué de presse de la Commission Européenne, Bruxelles, 27 juin 2007, COR/07/92 , en ligne: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=COR/07/133&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en> (Consulté le 12 juin 2012)

⁵⁷⁷Conseil des Communes et Régions d'Europe, « Un livre blanc sur la gouvernance européenne « approfondir la démocratie, une plus grande implication des Collectivités Locales et Régionales » , Bruxelles, 29 mars 2001, en ligne: [http://ec.europa.eu/governance/Conseil des Communes et des Régions d'Europe_declaration_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/Conseil%20des%20Communes%20et%20des%20Régions/declaration_fr.pdf), (consulté le 12 juin 2012)

⁵⁷⁸« Le Comité des Régions lance un appel à candidature pour son réseau de monitoring de la subsidiarité », Communiqué de presse de la Commission Européenne, Bruxelles, 27 juin 2007, COR/07/92 , en ligne:

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Le Conseil européen de juin 2006 a invité dans ses conclusions la Commission à tenir compte des commentaires formulés des parlements nationaux, notamment concernant les principes de subsidiarité et de proportionnalité.⁵⁷⁹

354. Le Comité des régions a lancé un appel à candidature pour son réseau de monitoring de la subsidiarité⁵⁸⁰. Les partenaires de ce réseau sont les instances politiques des collectivités locales et régionales, les gouvernements et Parlements régionaux avec ou sans pouvoir législatif, les conseils des grandes agglomérations ou des villes de taille moyenne, les associations de collectivités territoriales ou encore les parlements nationaux. Les candidatures sont évaluées deux à trois fois par an par le Bureau du Comité des Régions.

Ce réseau, opérationnel depuis 2007, a pour objectif « de donner aux collectivités territoriales et à leurs structures politiques (assemblées, exécutifs, associations, etc.) la possibilité de conduire des débats politiques au sujet de l'Union Européenne et de ses propositions; d'alimenter le travail politique du Comité des régions; d'être un forum d'échanges entre les partenaires du réseau, le Comité des Régions et la Commission européenne; de « matérialiser » l'application du principe de subsidiarité ». Il devrait, en outre, accroître la légitimité des politiques européennes auprès des populations.

355. La mise en œuvre de ce réseau pourrait en pratique avoir amélioré le contrôle de la subsidiarité. En 2010 déjà, Mercedes Bresso, présidente de la Commission, lançait un appel en faveur d'une « coalition » des États contre la violation potentielle des règles relatives à la subsidiarité⁵⁸¹, alors que la Commission européenne avait émis une proposition visant à imposer des sanctions budgétaires aux pays présentant des déficits excessifs. La saisine de la Cour de justice ne devrait selon elle intervenir qu'en dernier recours. Mme Bresso entendait ainsi mettre en œuvre la fonction de garant de la subsidiarité, octroyée au CdR par le traité de Lisbonne. Mme Bresso a rappelé dans son avis sur la communication de la Commission que le réseau de monitoring de la subsidiarité du CdR, englobant de nombreux parlements, se prononcerait sur les

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=COR/07/133&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>(Consulté le 12 juin 2012)

579« Le dialogue de la Commission avec les parlements nationaux atteint de nouveaux sommets» , Communiqué de presse de la Commission Européenne, Bruxelles, 28 septembre 2009, IP/09/1368, en ligne: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction>, (consulté le 12 juin 2012)

580« Le Comité des Régions lance un appel à candidature pour son réseau de monitoring de la subsidiarité» , Communiqué de presse de la Commission Européenne, Bruxelles, 27 juin 2007, COR/07/92 , en ligne: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=COR/07/133&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en>(Consulté le 12 juin 2012)

581 Communiqué de presse du Comité des Régions, COR/10/56, Bruxelles, le 16 juillet 2010

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

violations éventuelles de la subsidiarité. Les Parlements nationaux ont été encouragés à rejoindre ce réseau de monitoring. En 2011, la présidente du Comité des Régions rappelait que les analyses d'impacts des propositions de la Commission sur les territoires et régions européens devaient renforcer l'efficacité et la légitimité du droit de l'UE et que le mécanisme d'alerte précoce devait ainsi être conçu comme une opportunité pour l'Union⁵⁸².

356. En 2012, le Comité de Régions a renforcé la structure de gouvernance du monitoring de la subsidiarité afin de le mettre œuvre tout au long du processus décisionnel de l'UE⁵⁸³. Cette réforme associa les institutions européennes et nationales à ce monitoring et renforçait la capacité du CdR à saisir la Cour de justice. Le nombre de ses membres et sa base de représentation a continué d'augmenter en 2012, avec l'adhésion de parlements et de gouvernements régionaux en particulier. Le Réseau de monitoring de la subsidiarité (RMS) comptait 141 partenaires à la fin de 2012. « Les consultations des partenaires du RMS sont le principal outil opérationnel utilisé par les rapporteurs du CdR au cours de l'élaboration des projets d'avis. Les consultations ont été au nombre de trois en 2012 et ont porté sur le mécanisme pour l'interconnexion en Europe, sur le septième programme d'action pour l'environnement et sur l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte ».

Un groupe de pilotage de la subsidiarité a été mis en place afin d'assurer la gouvernance politique du monitoring de la subsidiarité par le Comité de Régions. Ce groupe coordonne les activités de monitoring de la subsidiarité. Il en assure le suivi politique tout au long de l'année. Il est chargé de mettre en avant les priorités annuelles en matière de subsidiarité et de présenter des propositions concernant l'utilisation des procédures et des outils du Réseau de monitoring de la subsidiarité les plus appropriés pour appuyer les travaux des rapporteurs du Comité de Régions dans le cadre du processus législatif. Les activités de monitoring de la subsidiarité par le Comité de Régions débutent désormais la phase pré-législative. 16 experts dans le domaine de la subsidiarité, membres du Réseau de monitoring de la subsidiarité, facilitent les activités de monitoring. Le groupe, réuni pour la première fois le 25 octobre 2012, a sélectionné les initiatives à soumettre en priorité à un monitoring. Sur cette base, le bureau du CdR a adopté, le 30 janvier 2013, le programme de travail sur la subsidiarité qui couvre quatre initiatives inscrites au programme de travail de la Commission pour 2013⁵⁸⁴ ».

582 CDR 2011, Communiqué de presse du Comité des Régions, COR/11/1, Bruxelles, le 22 mars 2011

583 Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 20e rapport « Mieux légiférer », 2012, Bruxelles, le 30.7.2013 COM(2013) 566 final

584 La facturation électronique dans le domaine des marchés publics, une « ceinture bleue » pour un marché unique du transport maritime, la révision de la politique et de la législation dans le domaine des déchets et le cadre d'évaluation des questions liées à l'environnement, au climat

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

357. En 2013⁵⁸⁵, le Comité des régions (CdR) a adopté et mis en œuvre son premier programme de travail sur la subsidiarité, comprenant cinq initiatives, sélectionnées dans le programme de travail de la Commission européenne sur la base de critères convenus, et devant faire l'objet d'un suivi particulièrement attentif en matière de subsidiarité.

En plus du programme de travail de la Commission, le groupe d'experts de la subsidiarité a été consulté pour l'élaboration de l'avis d'initiative du Comité des Régions portant sur « la décentralisation dans l'Union européenne et la place de l'autonomie locale et régionale dans l'élaboration des politiques de l'UE et leur mise en œuvre ».

Le Comité des Régions a poursuivi le développement d'un outil en ligne pour les régions disposant de pouvoirs législatifs à l'appui du monitoring de la subsidiarité⁵⁸⁶. Il continue de veiller au bon fonctionnement du système d'alerte précoce et au respect des bonnes pratiques; il a publié une étude intitulée « Le système d'alerte précoce sur la subsidiarité découlant du traité de Lisbonne, le rôle des parlements régionaux disposant de pouvoirs législatifs et des autres autorités infranationales ».

Le Comité des Régions a émis dans certains avis en 2013 des craintes quant à la conformité d'initiatives législatives de l'UE avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité. C'est le cas dans son avis sur la proposition de directive établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime et la gestion intégrée des zones côtières, et dans son avis sur la proposition de règlement sur les contrôles officiels dans son avis sur la proposition de directive en matière de fabrication, de présentation et de vente du tabac et de ses produits, en ce qui concerne les recours aux actes délégués.

Enfin, le Comité des régions publie chaque année un rapport sur la subsidiarité.

C. La possibilité pour le Comité des Régions de former un recours pour violation du principe de subsidiarité

et à l'énergie visant à permettre une extraction sûre et sécurisée des hydrocarbures non conventionnels), ainsi que la mobilité urbaine (celle-ci n'est pas inscrite au programme de travail de la Commission pour 2013, mais cette dernière a annoncé son intention de publier, d'ici la fin de l'année, une communication sur la dimension urbaine de la politique des transports de l'UE.

⁵⁸⁶ Le CdR a complété cet outil REGPEX par l'ajout d'une carte interactive des régions disposant de pouvoirs législatifs et d'un descriptif de chaque parlement régional.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

358. Le protocole n° 2 prévoit en outre que, conformément aux modalités prévues par l'article 263 TFUE⁵⁸⁷, les recours pour violation, par un acte législatif, du principe de subsidiarité, peuvent aussi être formés par le Comité des régions contre des actes législatifs pour l'adoption desquels le traité sur le fonctionnement de l'Union prévoit sa consultation. Le Comité des Régions est érigé en requérant semi-privilegié par le Traité de Lisbonne⁵⁸⁸. Cette évolution se justifie en particulier par la prise en compte des actions régionales et locales. L'absence de contentieux en la matière ne permet toutefois pas de répondre à la question de savoir si, pour défendre le principe de subsidiarité, le Comité des régions reste tributaire de l'obligation de justifier son intérêt à agir pour la défense de ses prérogatives. Cette condition n'est pas mentionnée par le protocole, ce qui serait susceptible de permettre au Comité des régions d'accroître sa faculté d'exercer de tels recours.

⁵⁸⁷Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), Journal officiel de l'Union Européenne C115 du 9 mai 2008, art.263.

⁵⁸⁸Traité de Lisbonne, 13 décembre 2007, Journal officiel de l'Union Européenne C 306 du 17 décembre 2007, art.9.

CONCLUSION DU TITRE II

359. La participation des institutions politiques de l'Union Européenne à la définition et au contrôle de la subsidiarité, tranchant avec le silence des institutions politiques fédérales canadiennes, pourrait être considérée comme un obstacle majeur à la comparaison. Elle rendrait superflu tout contrôle juridictionnel approfondi de la subsidiarité. Il n'en ait rien dans la mesure où la doctrine institutionnelle ne suffit pas à préciser tous les aspects de la subsidiarité. La Cour de justice devrait donc la compléter. De plus, l'application de la subsidiarité nécessite une référence au contexte de sa mise en œuvre. Enfin, seule la Cour de justice peut reconnaître la force contraignante des accords interinstitutionnels.

360. Les institutions politiques de l'Union Européenne participent au renforcement du principe de subsidiarité par la précision des critères de son application et par l'instauration de procédures donnant au Comité des Régions et aux chambres des parlements nationaux les moyens de renforcer l'application de ce principe. En outre, le rôle des institutions politiques de l'Union Européenne dans le contrôle de la subsidiarité s'avère non négligeable.

361. Le contrôle du principe de subsidiarité par les institutions politiques de l'Union Européenne, aussi nécessaire et efficace soit-il, ne suffit pas à éviter toute violation de ce dernier. Ces procédures se trouvent parfois ralenties par des obstacles pratiques. En outre, l'imprécision des critères de la subsidiarité entraîne une limitation de son contrôle par les institutions politiques. Les institutions européennes, et la commission en particulier, ont parfois tendance à confondre subsidiarité et proportionnalité, à assimiler le respect du principe de subsidiarité à des considérations d'efficacité et à privilégier la protection de l'acquis communautaire plutôt que d'autres impératifs. Ces obstacles structurels pourraient être surmontés par l'usage.

Par ailleurs, l'exemple de la confusion entre politique environnementale et d'autres interventions de l'Union semble indiquer l'insuffisance du contrôle politique à éviter toute confusion entre bases juridiques.

362. Néanmoins, la fonction politique des institutions de l'Union Européenne limite plus durablement l'efficacité du contrôle d'un principe ambivalent et dynamique. Une certaine latitude dans l'interprétation de la subsidiarité demeure irréductible. Par conséquent, seul un acteur totalement neutre serait en mesure de donner à ce principe toutes sa portée. Or, la Commission et le Parlement pourraient avoir un intérêt à interpréter le principe de subsidiarité de façon ascendante. Il est en effet difficile d'attendre d'institutions politiques qu'elles limitent leurs propres interventions sans y être

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

contraintes. Les rapports de forces au sein du conseil le rendent également impropre à assurer un contrôle efficace de la subsidiarité.

La démonstration des limites du contrôle politique de la subsidiarité confirme la pertinence d'une comparaison avec le système canadien, où la subsidiarité est d'origine jurisprudentielle.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

363. Le respect de la subsidiarité est indispensable en droit de l'Union Européenne mais aussi en droit canadien bien qu'elle ne soit que rarement explicitement mentionnée. Elle permet d'orchestrer les compétences coexistantes de deux niveaux de pouvoir et de limiter les chevauchements entre deux niveaux de droits et d'appliquer le droit le plus efficace. Cependant, pour déterminer dans quel sens elle joue, ascendant ou descendant, son interprète doit comparer la capacité à agir des pouvoirs en présence. Les tests encadrant l'application de mécanismes de subsidiarité permettent d'éviter qu'ils ne soient appliqués de façon arbitraire et doivent en conséquence être précisés autant que possible. Ils ne suffisent cependant pas à rendre superflu un contrôle juridictionnel de la subsidiarité. Ces tests impliquent en effet la référence à des éléments de contexte dont le contrôle juridictionnel permet de renforcer la neutralité.

364. En raison de la structure du droit canadien, la participation de la Cour à la définition de mécanismes de subsidiarité semble y être mieux assumée qu'en droit de l'Union Européenne. Les institutions de l'Union Européenne tentent de donner au contrôle du principe de subsidiarité un cadre prédéterminé. Par ailleurs, la tendance en droit de l'Union Européenne est d'octroyer aux institutions politiques des pouvoirs toujours plus grands dans le contrôle de la subsidiarité. Nous verrons dans une seconde partie que cette volonté de limiter le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de la subsidiarité transparaît dans sa jurisprudence où toute influence contextuelle trop évidente se trouve camouflée par des considérations formelles. Cependant, les critères de la subsidiarité établis par les institutions européennes, pas plus que les tests proposés par la jurisprudence canadienne dans l'interprétation de la clause de commerce et de la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement, ne suffisent à exclure un contrôle juridictionnel. Le caractère substantiel de ce contrôle semble partiellement admis en droit canadien; nous rechercherons s'il pourrait l'être davantage en droit de l'Union Européenne.

La composante juridictionnelle du contrôle de la subsidiarité semble indispensable à son application effective, d'où la nécessité d'en cerner les contours.

DEUXIEME PARTIE. L'ETENDUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA SUBSIDIARITE

365. Les limites de la justiciabilité de la subsidiarité mentionnées précédemment apparaissent dans son application jurisprudentielle (titre I), révélant la volonté des Cours de laisser aux institutions politiques le soin de se prononcer sur l'opportunité d'une intervention de l'Union Européenne (titre II). La Cour de justice pourrait émettre davantage de réticence encore que la Cour Suprême dans la mesure où le contrôle politique de la subsidiarité est plus élaboré en droit de l'Union Européenne.

TITRE I. L'EXPRESSION JURISPRUDENTIELLE DES LIMITES DE LA JUSTICIABILITE DE LA SUBSIDIARITE

366. La subsidiarité est un principe dont l'application pratique peut diviser. Les limites intrinsèques de sa justiciabilité apparaissent dans la jurisprudence, certaines découlent de son ambivalence (chapitre 1), d'autres des rapports incertains entre subsidiarité et proportionnalité (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA DIFFICULTE POUR LES COURS DE CONTROLER UN PRINCIPE AMBIVALENT

367. La Cour de justice et la Cour suprême semblent apparemment confrontées à deux difficultés principales : l'identification de l'objectif poursuivi

par la norme contrôlée d'une part (section 1) et l'évaluation de la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement d'autre part (section 2).

SECTION 1. L'IDENTIFICATION DE L'OBJECTIF POURSUIVI PAR UNE NORME

368. De l'identification de l'objectif poursuivi par la norme, identification de la base juridique en droit de l'Union Européenne et du caractère véritable en droit canadien, dépend à la fois le champ d'application de la subsidiarité, cette dernière ne s'appliquant que si la norme examinée appartient à un domaine de compétence partagée, et l'évaluation de la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement.

La Cour de justice semble exercer un certain pouvoir d'appréciation dans l'identification de l'objectif poursuivi par une norme. Dans certaines décisions, la Cour fait explicitement mention de la nécessité d'identifier l'objectif de la norme examiné. Tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, dans *British American Tobacco Product*, la Cour explicite-t-elle dans ses motifs la nécessité d'une identification de l'objectif poursuivi par la directive, protection de la santé publique ou du bon fonctionnement du marché intérieur mais il n'en est rien dans *Fundación Gala-Salvador Dalí et VEGAP* où la Cour semble tenir pour acquis que les normes attaquées, s'intéressent seulement à l'art et à la culture que pour assurer le bon fonctionnement du marché commun.

369. La Cour de justice interprète largement le respect du principe de subsidiarité lorsqu'elle reconnaît le bon fonctionnement du marché intérieur comme base juridique de l'intervention de l'Union Européenne (§1). L'évaluation de la capacité à agir dans le domaine environnemental, matière composite en droit canadien comme en droit de l'Union Européenne, dépend également du caractère véritable de la norme (§2). En droit canadien, la Cour Suprême est confrontée à un problème semblable lorsqu'elle doit rechercher si la norme examinée relève de la compétence provinciale ou de la compétence fédérale en vertu de la théorie de l'intérêt national. Elle doit ainsi trancher entre compétence provinciale en matière de zonage et compétence fédérale en matière d'aéronautique (§3) ou encore entre protection de la santé publique et l'application de la théorie de l'intérêt national (§4).

§1. L'identification du marché intérieur comme base juridique

370. En droit de l'Union Européenne, l'identification de l'objectif poursuivi par une norme dans le domaine du marché intérieur est parfois problématique. La Cour ne se prononce sur la capacité à agir des États qu'après

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

avoir observé si l'objectif véritable de la directive est de préserver l'harmonie du marché commun⁵⁸⁹. Tel n'est pas le cas en droit canadien où la jurisprudence en matière de marché intérieur mentionne de façon plus explicite leur vocation.

Nous nous interrogerons sur l'identification par la Cour de justice de l'objectif poursuivi par la norme contrôlée dans l'arrêt *British American Tobacco Product*⁵⁹⁰(A), arrêt déterminant dans l'interprétation de la subsidiarité puisque la Cour y fixe les conditions de l'intervention de l'Union Européenne, et dans l'arrêt *Vodafone* (B).

A. La distinction entre marché commun et protection de la santé publique

371. L'identification de la base juridique d'une norme influe sur la subsidiarité d'une part en déterminant l'applicabilité de la subsidiarité et d'autre part sur quel fondement doit être évalué la capacité à agir de chaque niveau de pouvoir.

La protection de la santé publique est reconnue dans cet arrêt comme un moyen pour le législateur d'assurer l'harmonisation du marché intérieur. Pour comprendre en quoi l'identification du fondement de l'intervention de l'UE est décisive dans l'issue de cet arrêt, encore faut-il en retracer les faits.

372. Des fabricants de produits du tabac établis au Royaume-Uni, limités dans leur activité par la directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac (JO L 194, p. 26), ont saisi la juridiction de renvoi d'une demande en vue d'être autorisés à exercer un recours en contrôle de légalité (« judicial review ») de « l'intention et/ou l'obligation » du gouvernement du Royaume-Uni de transposer la directive en soulevant sept moyens d'invalidité à l'encontre de celle-ci. La High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) a accordé cette autorisation et a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour des questions préjudicielles portant sur la validité et l'interprétation de la directive.

⁵⁸⁹*Alliance for Natural Health e.a.*, affaires C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005

Selon le juge, laisser aux États membres le soin de réglementer le commerce des compléments alimentaires « verrait se perpétuer l'évolution hétérogène des réglementations nationales et, partant, les obstacles aux échanges entre États membres et les distorsions de concurrence en ce qui concerne ces produits ».

⁵⁹⁰*British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

373. L'application du principe de subsidiarité à la directive dépend donc de son objectif principal. La directive n'entre dans la compétence du législateur de l'Union Européenne que si son objectif est l'harmonisation du marché commun, comme le soutiennent les gouvernements du Royaume-Uni, belge, français, irlandais, italien, néerlandais et suédois, ainsi que le Parlement, le Conseil et la Commission⁵⁹¹. La Cour reconnaît que tel est bien l'objectif de la directive⁵⁹². La protection de la santé publique ne serait qu'un objectif accessoire. La Cour partage l'opinion de l'avocat général selon lequel l'objectif de la directive serait de préserver l'harmonie du marché commun.

La Cour interprète largement le champ d'application du principe de subsidiarité dans la mesure où elle a reconnu à maintes reprises que ce principe pouvait être invoqué par un particulier au soutien d'une demande de renvoi préjudiciel en appréciation de la validité d'une directive quand bien même le délai fixé pour sa transposition n'aurait pas expiré⁵⁹³.

La Cour relève que l'acte législatif relatif à la commercialisation des compléments alimentaires a pour objectif d'éliminer les entraves résultant des divergences entre les règles nationales en ce qui concerne les vitamines, tout en assurant un niveau de protection élevé en matière de santé des personnes.

374. Si la Cour avait reconnu la protection de la santé publique comme base juridique, le principe de subsidiarité ne se serait pas davantage appliqué. En effet, l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres est exclue pour l'article 152CE⁵⁹⁴. Les requérants au principal, remettant en question la base juridique invoquée par le législateur, considéraient en effet que la directive n'était pas nécessaire à l'harmonisation du marché commun, des directives visant à éliminer les entraves aux échanges des produits du tabac ayant déjà été prises⁵⁹⁵. Quoique la protection de la santé publique n'apparaisse au regard de la directive et selon la Cour que comme un objectif secondaire, les requérants au principal affirment : « Qu'il n'aurait été apporté aucune preuve de l'impossibilité pour les États membres d'adopter les

⁵⁹¹*Alliance for Natural Health e.a.*, Affaires C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005, §56 57

⁵⁹²*Alliance for Natural Health*, Affaires C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005, §6181

⁵⁹³ François MARIATTE, Principes généraux du droit communautaire, Jurisclasseur Europe 2003, n2 février 2003, Commentaire 42

Pays-Bas / Parlement et Conseil, Affaire 09 octobre 2001, C-377/98

⁵⁹⁴*British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §54

⁵⁹⁵*British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, point 46, §174

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

mesures de protection de la santé publique qu'ils jugeaient nécessaires⁵⁹⁶ ». L'objet principal de la directive serait donc la protection de la santé publique, objectif n'entrant pas dans la compétence de l'Union Européenne⁵⁹⁷.

375. La Cour interprète largement le champ d'application du principe de subsidiarité considérant le marché intérieur comme base de l'intervention communautaire plutôt que la santé mais aussi plutôt que l'établissement des règles de concurrence. En effet, si le marché intérieur est une compétence partagée, l'établissement des règles de concurrence, nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, est une compétence exclusive que le principe de subsidiarité ne permet pas de contrôler. Cette dernière compétence, reconnue par le Traité de Lisbonne, a d'abord été dégagée par la jurisprudence⁵⁹⁸. La Cour, dans *British American Tobacco product*⁵⁹⁹, accepte donc de se prononcer sur le respect du principe de subsidiarité, ce qu'elle aurait pu éviter en prouvant que l'intervention de l'union Européenne se limitait à des règles de concurrence. Dans les décisions étudiées, la Cour pourrait considérer que les normes nationales contestées sont des règles de concurrence. La Cour privilégie l'assomption la plus évidente selon laquelle les normes concerneraient le marché commun, à celle, plus discutée, selon laquelle il s'agirait de règles de concurrence, alors même que cette seconde interprétation lui permettrait d'éviter de se prononcer sur le respect par la norme de l'Union Européenne du principe de subsidiarité⁶⁰⁰.

376. La distinction entre l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur de compétence exclusive et le marché intérieur, de compétence partagée⁶⁰¹, sera reconnue par le traité de

⁵⁹⁶British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002), §174

⁵⁹⁷British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002 ,§42

⁵⁹⁸Schul, Affaire 15/81 du 5 mai 1982

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, art.3 pp. 1-388

⁵⁹⁹British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002.

⁶⁰⁰ *MitteldeutscheFlughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH/ Commission*, Affaire C - 288/11 P, 19 décembre 2012, §79

La Cour reconnaît dans cet arrêt que « l'appréciation de la compatibilité d'une aide avec le marché commun relevant de sa compétence exclusive,(...) le Tribunal a considéré à bon droit que la Commission ne saurait avoir porté atteinte au principe de subsidiarité» .

⁶⁰¹Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C115 du 9 mai 2008, art.3 al 1b

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Lisbonne mais ne sera pas invoquée par les parties dans la jurisprudence ultérieure. La Cour préférera en effet appliquer par analogie la solution de l'arrêt *British American Tobacco Product* dans des affaires ultérieures telles que *Alliance for Natural Health e.a* et *National Association of Health Stores e.a*⁶⁰². Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer sur la validité d'une directive relative au commerce de compléments alimentaires. Les relations entre harmonisation du marché commun et protection de la santé publique s'y posaient donc dans des termes similaires à ceux de l'arrêt *British American Tobacco Product*⁶⁰³.

L'identification de l'objectif poursuivi par une norme, en l'espèce le maintien de l'harmonie dans le marché commun ou protection de la santé publique, est en outre déterminante dans l'évaluation de la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne. Appréhendée de façon abstraite, l'incapacité des États à assurer seuls le bon fonctionnement du marché apparaît plus facile à établir que leur incapacité à préserver la santé publique. Le marché commun, contrairement à la santé publique, nécessite une réglementation commune.

B. La référence à l'objectif poursuivi par les traités et non par le règlement

377. Une intervention de l'Union Européenne respecte le principe de subsidiarité si elle s'est avérée nécessaire à la réalisation d'un objectif de l'Union Européenne⁶⁰⁴.

L'affaire *Vodafone* découle d'une question préjudicielle, posée par la High Court à la Cour de justice, sur la validité d'un règlement concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la communauté, à l'occasion d'un litige entre opérateurs de téléphonie mobile. Concernant la base juridique, la Cour reconnaît que le règlement vise bien au bon fonctionnement du marché commun même si la protection des consommateurs est déterminante dans les choix opérés⁶⁰⁵.

⁶⁰²*Alliance for Natural Health e.a.*, Affaires C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005

⁶⁰³*Alliance for Natural Health e.a.*, Affaires C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005, §106

⁶⁰⁴*Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

30(...). Certains objectifs de la Communauté (qui justifient en soi l'existence d'une compétence de l'Union Européenne) peuvent être mieux réalisés par les Etats membres (avec la conséquence que l'exercice de cette compétence ne se justifie pas).

⁶⁰⁵Fabrice Picod, « Contrôle du respect de la base juridique, de la proportionnalité et de la subsidiarité », *La Semaine Juridique* - Edition Générale, 21 Juin 2010 - n° 25, p. 703.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

378. L'affaire Vodafone fournit à l'avocat général une occasion de rappeler que les objectifs mentionnés dans la norme de l'Union Européenne visée, du règlement en l'espèce, ne sont pas décisifs dans le contrôle de la subsidiarité⁶⁰⁶. Autrement dit, la Cour pourrait contrôler la capacité à agir de l'UE pour atteindre un objectif du droit originaire autre que celui explicitement poursuivi par la norme de droit dérivé qui le met en œuvre. L'objectif apparent d'un règlement ou d'une directive ne serait pas toujours l'objectif que ces normes visent en effet et serait par conséquent susceptible d'un contrôle.

379. L'avocat général semble, dans cette partie de l'argumentation, distinguer les objectifs de la norme de l'Union Européenne contestée de ceux des traités. En effet, la norme de l'Union Européenne contestée, le règlement en l'espèce, peut poursuivre des objectifs dépassant ceux des traités. Le contrôle du principe de subsidiarité devrait dans ce cas se fonder sur la capacité des États à atteindre les objectifs des traités et non sur la capacité des États à atteindre les objectifs de la norme de l'Union Européenne. L'avocat précise que: « l'appréciation à effectuer au regard du principe de subsidiarité ne porte pas sur l'objectif poursuivi, mais sur la nécessité d'une action de la Communauté pour atteindre cet objectif ». Par conséquent, si le règlement poursuit un objectif dépassant les objectifs des traités, la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne doit bien être appréciée au regard des objectifs des traités et non du règlement. Suivant le même raisonnement, la Cour admet l'applicabilité de la subsidiarité dans *British american Tobacco Product*.

Une fois reconnus comme objectifs de la directive la poursuite d'un objectif des traités, le bon fonctionnement du marché intérieur, la Cour s'y réfère pour justifier l'application dans un sens ascendant de la subsidiarité.

En l'espèce, l'intervention communautaire semblait justifiée. Le législateur bénéficie d'un pouvoir d'appréciation étendu dans le choix des moyens utilisés pour atteindre un objectif. Il aurait choisi la seule option susceptible de véritablement assainir les politiques des prix des opérateurs. L'inefficacité des autorités nationales, responsables jusqu'à l'adoption du règlement contesté, à modifier les pratiques des opérateurs, montre la nécessité d'une approche commune⁶⁰⁷.

380. Pourtant, d'une façon plus générale, la référence régulière au bon fonctionnement du marché intérieur pourrait biaiser l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité. La doctrine considère parfois que l'interprétation de la Cour s'inscrit dans ce que l'on pourrait qualifier de

⁶⁰⁶Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, §29, 30

⁶⁰⁷ Valérie MICHEL, « Téléphonie mobile : harmonisation du prix des services d'itinérance », *Jurisclasseur Europe*, n8-9, Août Septembre 2010, 1168-8384, commentaire 262.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

« constitutionnalisme de marché »⁶⁰⁸. Peu de mesures nationales ne sont pas de nature à entraver cet objectif dans le droit des libertés de circulation. La doctrine de la nécessité, comme l'illustre la théorie des compétences implicites, s'avère d'une grande efficacité. Cet objectif, ayant servi à élargir le champ d'application du droit de l'Union, est mobilisé pour justifier l'exercice de ses compétences. Cela se comprend aisément lorsque l'on considère que l'instauration d'un libre marché constitue l'une des vocations initiales de la construction européenne. La doctrine de la nécessité, comme auparavant la théorie des compétences implicites, permet un développement des compétences de l'Union Européenne. De façon quelque peu surprenante, la Cour pourrait étendre le champ d'application du droit communautaire en interprétant extensivement le champ d'application du principe de subsidiarité.

381. L'idée selon laquelle la Cour rattacherait autant que possible les interventions de l'UE au marché intérieur est à nuancer. En effet, les relations de travail, influant sur le marché intérieur, constituent un contre-exemple. Le principe de subsidiarité est applicable aux relations de travail dans la mesure où la politique sociale est une compétence partagée de l'Union Européenne. Quoique les relations de travail puissent avoir des effets sur le marché intérieur⁶⁰⁹, la Cour ne se réfère pas à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement de ce dernier dans les arrêts *Commission/Allemagne*⁶¹⁰ et *RU c. Conseil*.

§2. L'applicabilité de la subsidiarité à l'environnement en droit canadien

⁶⁰⁸ Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue Trimestrielle de Droit européen*, 2008, n1, p. 29, §88 à 90

⁶⁰⁹ Disparités institutionnelles et flexibilité des marchés du travail dans l'Union Européenne, Loïc Cadiou, Stéphanie Guichard et Mathilde Maurel, *COMPARAISONS INTERNATIONALES, ÉCONOMIE ET STATISTIQUE* N° 332-333, 2000-2/3, « La comparaison des institutions du marché du travail dans les pays de l'Union Européenne fait ressortir une grande diversité de fonctionnement et de régulation. Celle-ci constitue une source potentielle de divergence entre pays européens. À ce titre, elle pourrait être un obstacle au bon fonctionnement de l'Union Économique et Monétaire et nécessiter une certaine harmonisation. Toutefois, cette disparité institutionnelle doit pour cela effectivement conduire à des différences dans la formation des salaires et de d'emploi. Or, l'analyse empirique de l'ajustement des salaires et de l'emploi au niveau macro-économique donne une vision a priori plus homogène des situations entre pays »

⁶¹⁰ *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, Affaire C-103/01, 22 mai 2003, §47

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

382. En droit canadien comme en droit de l'Union Européenne, l'environnement est un agrégat de différents domaines de compétences. La question de savoir si la subsidiarité s'applique à l'environnement implique l'identification des objectifs visés par la norme. Alors que, en raison de l'intervention des institutions politiques, cette question demeure pour l'heure théorique en droit de l'Union Européenne, elle se pose régulièrement en droit canadien.

Pour comprendre l'application juridictionnelle de la subsidiarité en matière environnementale, encore faut-il revenir sur le partage constitutionnel des compétences en la matière.

Le partage des compétences en matière environnementale semble « figé » car la Loi constitutionnelle de 1867 dresse une liste de compétences établie à une époque où l'expression « protection de l'environnement » n'existait pas. La compétence environnementale est divisible en enjeux pouvant être rattachés aux compétences fédérales ou provinciales. Le nouvel article 92 A, inséré en 1982⁶¹¹, confirme essentiellement la compétence provinciale en matière d'exploitation des ressources naturelles mais ne résout pas l'ensemble du problème de la répartition des compétences environnementales. En tant que sujet large et diffus, l'environnement nécessite une collaboration des deux paliers de gouvernement. L'inscription dans la Constitution de règles de répartition spécifiques à cette matière pourrait avoir pour effet de rigidifier à l'excès ce partage et de le rendre inadapté aux capacités réelles d'intervention de chaque niveau de gouvernement. Ce partage demeure donc déterminé par la pratique des gouvernements provinciaux et du gouvernement national. Les chevauchements de compétences en la matière se traduisant parfois par un parallélisme des compétences fédérales et provinciales, la protection de l'environnement est ainsi devenue un champ de prédilection pour le développement du fédéralisme coopératif et la voie de la collaboration. L'internationalisation de cet enjeu dû à la prise de conscience de risques tels que les pluies acides ou la fonte des glaces de l'Arctique a favorisé une intervention fédérale croissante dans un domaine longtemps essentiellement encadré par les Provinces en raison de la nature originellement locale des problèmes environnementaux.

La référence à la capacité à agir des niveaux de gouvernement semble donc au premier abord superflu pour déterminer la compétence de chacun. En effet, en l'état actuel du droit, les deux niveaux de gouvernement peuvent être, a priori, compétents dans le domaine de l'environnement. Or le droit fédéral prime sur le droit provincial en cas de conflit quelle que soit la capacité à agir de chaque

⁶¹¹*Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 (R-U.)]

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

gouvernement. La compétence provinciale peut être limitée par une intervention fédérale dans la mesure où les deux compétences entreraient en conflit⁶¹².

En raison des compétences que lui reconnaît l'article 92 de la Loi constitutionnelle de 1867⁶¹³, le gouvernement provincial possède une meilleure capacité à agir pour poursuivre de nombreux objectifs tels que, par exemple, la protection de la biodiversité. Cependant, dans l'hypothèse même d'une meilleure capacité à agir provinciale, le gouvernement provincial n'est pas nécessairement compétent, ou, à tout le moins, ses lois ne sont pas toujours applicables. C'est notamment le cas lorsque son intervention affecte des activités et entreprises fédérales.

383. Le Parlement fédéral peut légiférer en matière d'environnement lorsqu'il s'agit de mesures accessoires à l'exercice d'une compétence qui lui est conférée par la Constitution. C'est le cas par exemple de la protection du poisson et des pêcheries côtières et intérieures (art. 91 (12), de la préservation de la qualité de l'environnement sur les terres réservées aux Indiens (91 (24)), de la pollution qui résulte de la navigation et du commerce maritime (91(10)). Le gouvernement fédéral n'est pas limité par le principe de subsidiarité lorsqu'il légifère de façon accessoire ou dans le cadre de sa capacité de conclure des traités internationaux. Le principe de subsidiarité ne s'applique pas non plus lorsque le fédéral intervient dans le cadre de ses compétences en matière de droit criminel, comme ce fut le cas dans *La Reine c Hydro Québec*⁶¹⁴.

⁶¹² La législation fédérale primera si les deux législations sont valides. La législation provinciale est déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. Comme le montre l'arrêt *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*⁶¹², une loi provinciale peut comporter des peines plus sévères sans pour autant être invalide.

Il y a incompatibilité lorsqu'il est impossible, en présence de deux lois dans le même domaine et s'appliquant aux mêmes personnes, de s'y conformer simultanément.

⁶¹³ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.)

Les matières énumérées à l'article 92 ont assuré aux provinces la reconnaissance d'une vaste compétence en matière de protection de l'environnement sur leur territoire:

92(16), 92(13) affaires de nature locale ou privée, 92 (10) entreprise et ouvrages locaux, 92(5) administration et vente de terres publiques appartenant à la province et aux ressources naturelles s'y trouvant *Entreprise de rebuts Sanipian c. Québec (Procureur général)* (1995), R.J.Q. 821 (CS) § La compétence en matière de propriété et droits civils est particulièrement importante (art. 92 (13)), de même que celle visant toutes les matières d'une nature locale ou privée (art. 92 (16))

⁶¹⁴ *R c Hydro Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

384. Un mécanisme de subsidiarité n'en est pas moins applicable lorsque le gouvernement fédéral agit sur le fondement de la doctrine de l'intérêt national. C'est en tout cas ce que laisse entendre l'argumentation de la Cour dans l'arrêt *Crown Zellerbach*⁶¹⁵. Dans l'affaire *Crown Zellerbach*, l'intimé avait, dans le cadre de son exploitation de bois, enfoui des résidus de bois dans les eaux territoriales de Colombie-Britannique, ce qui était interdit par le §4(1) de la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*. La Cour devait se prononcer sur l'applicabilité de cette disposition aux eaux provinciales autres que les eaux douces. Elle dut se poser la question de savoir si la pollution de la mer était une question d'intérêt national relevant de la compétence législative du Parlement en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada. Selon le juge de première instance et la Cour d'appel, le §. 4(1) de la Loi outrepassait la compétence du Parlement.

385. La Cour suprême considère dans *Crown Zellerbach* que la loi attaquée entre dans le champ de la compétence fédérale en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement. La dissidence, pour sa part, estime que le Parlement a excédé son domaine de compétence.

Majorité et dissidence utilisent le même type d'argument, elles en tirent des conclusions différentes. Opinions majoritaires et dissidentes interprètent la théorie de l'intérêt national de façon téléologique, à la lumière des objectifs d'équilibre des compétences; elles recourent toutes deux à une argumentation systémique. Toutes deux reconnaissent la nécessité de concilier les compétences fédérales et provinciales. Cependant, la mise en œuvre de cette conciliation donne lieu à des interprétations contradictoires. La principale divergence entre opinion majoritaire et dissidente porte sur la pertinence du précédent *Pronto*. Pour se prononcer sur l'applicabilité de cette décision, les Cours recherchent les conséquences pratiques de son application. La dissidence ne montre pas en quoi la distinction entre entreprise et ouvrage permet d'écarter le précédent *Pronto*. L'opinion majoritaire recherche les conséquences de la non-application des précédents mais sans se référer expressément au ratio dividende de ce précédent. Ainsi, la mention de la décision apparaît comme un argument d'autorité. La Cour ne raisonne pas vraiment par analogie. La véritable divergence entre majorité et opposition semble résulter davantage de l'objectif privilégié: équilibre des pouvoirs ou efficacité législative. Le choix entre ces objectifs est partiellement déterminé par la conception du partage des pouvoirs de l'interprète ainsi que par des considérations pratiques sur la possibilité de distinguer la compétence fédérale sur l'énergie atomique et la compétence provinciale en matière de relation de travail des employés des centrales nucléaires.

§3. La distinction entre règlement de zonage et aéronautique

⁶¹⁵R. c. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

386. En considérant que la disposition contestée n'est pas un règlement de zonage mais vise l'aéronautique, la Cour entraîne la non application à l'espèce de la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement; il n'est pas nécessaire pour la Cour de s'interroger sur la capacité d'action des Provinces puisqu'elles ne sont pas compétentes.

Dans l'affaire *Johannesson*⁶¹⁶, Konnie Johannesson avait acheté des terres près de la rivière rouge afin d'y construire un terrain d'atterrissage. Les voisins ont porté plainte afin d'empêcher la construction de ce terrain qui serait contraire à la Loi sur les municipalités⁶¹⁷ par laquelle le Manitoba encadre la construction d'aérodrome. Pour cela, la Cour doit d'abord établir si l'aéronautique est dans tous ses aspects une matière de compétence fédérale puis si les Provinces peuvent adopter un règlement de zonage. Selon le procureur du Manitoba, la Loi sur les municipalités, *intra vires*, n'entrerait pas en conflit avec la législation fédérale est serait donc applicable.

387. La Cour considère que le Parlement aurait occupé le terrain normatif, la Loi sur les municipalités serait donc *ultra vires*. Le fait que la loi fédérale régule l'octroi de licences de navigation et la régulation de tous les aérodromes et aéroports stations, entre autres, prouve que le Parlement a envahi le terrain.

La Cour se réfère au critère énoncé dans l'arrêt *Ontario c Canada Temperance Federation*⁶¹⁸ pour établir que l'affaire a été « au-delà des préoccupations ou des intérêts locaux ou provinciaux et doit par sa nature même constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble ». Les juges s'accordent pour dire que la compétence fédérale en matière de « paix, d'ordre et de bon gouvernement » doit être reconnue lorsqu'une matière n'entre pas dans la liste des compétences provinciales prévues à l'article 92(A) et lorsque cette matière a atteint une telle importance qu'elle affecte le corps politique de la nation⁶¹⁹.

⁶¹⁶*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292

⁶¹⁷*Loi sur les municipalités*, RSM 1940, c.141 est *ultra vires*

⁶¹⁸*Ontario c Canada Temperance Federation*, 1984 CanLII 36 (CSC), (1948) RCS248

⁶¹⁹*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292 [Page 301]

Opinion dissidente « Under the « peace, order and good government » clause the Dominion derives legislative power under two propositions: 1. That matter is not within any of the enumerated heads of s. 92; or 2. That the matter has attained such paramount national importance as to affect the body politic of the nation. Leaving aside the question of aeronautics generally and dealing only with the subject matter of s. 92(13) or (16) and the Dominion could therefore acquire no authority under the first proposition. Dealing with the second proposition, jurisdiction under it can arise only when Parliament has legislated on a matter and thus by inference indicated that it has acquired such proportions as to be of paramount.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Autrement dit, l'identification du caractère véritable de la loi, aéronautique de compétence fédérale ou règlement de zonage de compétence provinciale⁶²⁰, détermine donc le déclenchement de la théorie de l'intérêt national, mécanisme de subsidiarité.

Le désaccord entre les parties porte sur le caractère véritable de la Loi sur les municipalités et sur la meilleure façon de préserver l'équilibre des compétences.

Selon la Cour et l'appelant Johannesson, la norme contestée serait une tentative de la province d'empêcher l'exercice de l'exploitation des aérodromes commerciaux au sein de la municipalité déguisée en règlement de zonage⁶²¹.

388. La Cour se réfère entre autres à la jurisprudence relative à la compétence fédérale en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement pour montrer la compétence fédérale en matière d'aéronautique⁶²². Elle se fonde sur la jurisprudence pour déterminer dans quelle condition une matière atteint des dimensions nationales⁶²³. Elle ne cherche pas, en l'espèce, à concilier cette compétence fédérale avec une législation provinciale, comme le demande l'intimé, dans la mesure où elle ne reconnaît aucune compétence provinciale pour adopter la norme contestée.

389. A l'inverse, selon la municipalité de West St Paul, intimée, et le procureur du Manitoba, la législation provinciale relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. La loi provinciale serait une loi de zonage et, par conséquent, valide puisqu'elle entrerait dans la compétence provinciale en matière de propriété et de droit civil⁶²⁴.

§4. L'influence sur la subsidiarité de l'identification de l'objet d'une loi dans le domaine biomédical

390. L'application de la subsidiarité dépend du domaine de la loi : compétence fédérale en matière criminelle, compétence partagée en matière de droit criminel ou application de la théorie de l'intérêt national. Le *Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée*⁶²⁵, où la Cour reconnaît le principe de subsidiarité comme un principe d'interprétation du partage des compétences, le montre.

⁶²⁰*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, p. 300

⁶²¹*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, p. 329

⁶²²*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, p. 328, 329

⁶²³*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, p. 309

⁶²⁴*Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, p. 301, 302

⁶²⁵*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

L'argumentation des juges montre que les méthodes interprétatives employées pour identifier le caractère véritable de la loi jouent un rôle déterminant dans l'application de la subsidiarité.

A la demande de la « Commission Baird », portant sur la procréation assistée, le gouvernement fédéral avait adopté en 2004 la *Loi sur la procréation assistée*⁶²⁶. Dans un renvoi adressé à la Cour d'appel du Québec, le procureur général du Québec a soutenu que si certaines dispositions de la loi étaient valides car elles s'inscrivaient dans le cadre de la compétence fédérale en matière criminelle, les autres excédaient cette compétence. La Cour d'appel du Québec a considéré que la raison d'être véritable des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 était la réglementation de la pratique médicale et de la recherche liée à la procréation assistée; ces articles excéderaient par conséquent la compétence fédérale. Selon les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rohstein, les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi excèdent la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron, les articles contestés sont constitutionnels.

La décision de la Cour sera donc déterminée par l'opinion, intermédiaire, du juge Cromwell. Selon lui, les articles 10, 11, 13, 14 à 18, les paragraphes 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les paragraphes 44(2) et (3), sont inconstitutionnels. Pour ce qui est des art. 8, 9, 12, 19 et 60, les paragraphes 40(1), (6) et (7), les articles 41 à 43, le §44(1) et (4), les articles 45 à 53, ainsi que les articles 61 et 68, sont en revanche constitutionnels.

391. Ces juges considèrent que le principe de subsidiarité ne s'applique que dans la mesure où le caractère flou du partage des compétences le nécessite. En considérant ainsi le principe de subsidiarité, plutôt qu'un principe fondant le partage des compétences en système fédéral, ils conçoivent sa portée de façon restrictive. Ils favorisent, ce faisant, la prévisibilité du droit.

Cette idée selon laquelle le principe de subsidiarité s'applique dans la mesure où un doute subsiste sur le partage des compétences est partagée par les juges McLachlin, Binnie, Fish et Charron⁶²⁷. Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rohstein paraissent réticents à se prononcer en faveur de son application: « Le principe de subsidiarité ne s'applique que dans la mesure (...) » Les juges McLachlin, Binnie, Fish et Charron n'excluent pas l'applicabilité du principe de subsidiarité: « si le principe de subsidiarité devait s'appliquer ».

La Cour cherche par l'identification de l'intention du législateur, à « préserver les intérêts collectifs et individuels » visés par la Commission Blair. Les juges se réfèrent au test de l'arrêt *General Motors of Canada* sans pour autant que cela soit déterminant. Les juges sont divisés sur la façon dont la Commission Baird

⁶²⁶Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

⁶²⁷Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §273.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

permet de déterminer sur quel pouvoir s'est fondé le Parlement pour légiférer sur la procréation assistée.

392. Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein considèrent que selon la Commission Baird, le fédéral pouvait intervenir dans le cadre de son pouvoir de légiférer pour la Paix, l'Ordre et le Bon Gouvernement⁶²⁸. L'argument est psychologique ; la référence aux travaux préparatoires permet de déterminer l'intention du législateur. La référence aux raisons concrètes justifiant la loi permet de trancher entre deux interprétations plausibles de la loi⁶²⁹ et d'identifier le fondement de la compétence fédérale.

De façon paradoxale, les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein mentionnent cette intention de la commission de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement dans le but d'écarter la compétence fédérale au profit de la compétence provinciale, ce fondement n'étant pas approprié en l'espèce⁶³⁰. En effet, ils montrent que les dispositions attaquées ont été prises dans le cadre des compétences fédérales de légiférer pour la Paix, l'Ordre et le Bon Gouvernement et afin d'écarter la compétence criminelle du fédéral. Ils établissent ensuite que le fédéral ne pouvait en réalité pas intervenir sur la base de son pouvoir de légiférer pour la Paix, l'Ordre et le Bon Gouvernement.

393. Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rappellent que pour déterminer l'objet d'une loi, il faut se référer à son texte mais aussi au contexte de son adoption⁶³¹. LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein utilisent un argument psychologique⁶³², en considérant que « l'opinion de la Commission sur la nécessité de recourir à la compétence fédérale générale pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement soit fondée ou non, elle semblait partagée par les intervenants de l'époque⁶³³ ». Ces juges préfèrent se référer à cette volonté

⁶²⁸Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457. [204]

⁶²⁹Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, pp. 55 à 59

⁶³⁰Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §204

⁶³¹Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, [202]

⁶³² Selon la classification de Perelman, un argument psychologique désigne la référence à l'intention du législateur.

Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, pp. 55 à 59.

⁶³³Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §253

mai 2001, 11:35 (en ligne); voir aussi Débats de la Chambre des communes, 21 mai 2002, 27 mai 2002 et 28 janvier 2003).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

plutôt qu'à la substance des arguments avancés par la Commission, arguments visant à établir la nécessité pratique d'une intervention fédérale⁶³⁴.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron tirent des conclusions opposées de l'étude de la Commission Blair⁶³⁵. L'objet même du rapport, politique, est de montrer l'importance de l'intervention du Parlement; l'argumentation de ce rapport montrant le bien-fondé de l'intervention fédérale ne prouve donc en rien que l'intention du fédéral ait été d'intervenir sur le fondement de ses pouvoirs pour assurer la Paix, l'ordre et le bon gouvernement.⁶³⁶

394. Le juge Cromwell se réfère, selon un argument historique, à la tradition pour identifier une intervention fédérale en matière criminelle⁶³⁷. L'argument historique admet que le législateur est conservateur. Ce dernier, s'il n'est pas intervenu pour modifier la loi, reste fidèle à la façon dont il a voulu régler une matière⁶³⁸. Cet argument permet également d'assurer la cohérence du système.

La référence aux travaux de la Commission Baird ne permet pas d'identifier l'intention du législateur, ni la meilleure façon de poursuivre un objectif pragmatique d'efficacité. L'argumentation systématique des juges, pas plus que leur argumentation psychologique, ne permet de trouver de consensus sur la nature de la loi contestée. La référence au contenu des articles contestés ne rassemble pas davantage les opinions⁶³⁹.

Les divergences des opinions des juges pourraient également découler des différentes définitions qu'ils donnent au droit criminel. Or, ils ne précisent pas les fondements de la définition qu'ils attribuent à cette notion. Il demeure possible que ces différentes approches du droit criminel traduisent des perceptions

⁶³⁴Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §204

⁶³⁵Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

Certes, dans son rapport, la Commission Baird renvoie aux aspects positifs des techniques de procréation assistée, mais cela n'établit pas que ces avantages sont l'objet central des mesures prises par le Parlement.

⁶³⁶Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §29.

⁶³⁷*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, §291 « Je conclus que les art.8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et qu'ils relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel. »

⁶³⁸Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, pp. 55 à 59.

⁶³⁹Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §288.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

différentes du fédéralisme ou de la société et, par conséquent, de la subsidiarité. Cela n'apparaît pas dans l'argumentation des juges. De plus, il demeure difficile d'identifier les variables déterminantes essentielles d'une majorité claire dans le Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée. Cette décision se présente en effet comme un compromis entre opinions.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

395. Ni la Cour de justice, ni la Cour suprême n'utilisent les doutes relatifs à l'objectif principalement visé par les normes contrôlées pour réduire le champ d'application de la subsidiarité.

Dans *British American Tobacco Product*, la Cour de justice reconnaît le bon fonctionnement du marché commun comme base juridique de l'intervention communautaire. En choisissant cette base plutôt que la protection de la santé ou le marché commun ou l'établissement de règles de concurrence, la Cour permet l'application du principe de subsidiarité. Les arrêts où le choix de la base juridique limite l'application de la subsidiarité sont très rares⁶⁴⁰. De plus, ce sont des décisions où la Cour ne dispose que d'une marge d'interprétation très réduite pour identifier la base juridique de la norme contestée.

396. La Cour suprême, pour sa part, permet l'application de mécanismes de subsidiarité en reconnaissant que la loi sur les municipalités relève de la compétence fédérale en matière d'aéronautique et non de la compétence provinciale en matière de zonage. Elle permet également l'application du principe de subsidiarité en reconnaissant dans le Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée une intervention fédérale fondée sur la théorie de l'intérêt national. En effet, la subsidiarité ne se serait pas appliquée si la compétence exclusive du fédérale en matière criminelle ou la compétence exclusive des Provinces en matière de santé avait été reconnue.

Paraissant sans influence notable sur le contrôle de la subsidiarité, nous ne nous attarderons pas sur la question de l'identification de l'objectif poursuivi par la norme.

⁶⁴⁰*Aquitaine / Commission, Affaire C-521/09*

SECTION 2. L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ À AGIR DES NIVEAUX DE POUVOIR

397. L'étude de l'application du critère de l'incapacité provinciale par la Cour suprême du Canada est susceptible d'inspirer un affinement du test d'efficacité comparative en droit de l'Union Européenne. La référence au critère de l'incapacité provinciale est en effet nécessaire, en droit canadien, à l'application de la théorie de l'intérêt national et à celle de la clause de commerce. Pour qu'une question revête un intérêt national, » l'omission d'une province de s'occuper efficacement des aspects intraprovinciaux de la question pourrait avoir un effet préjudiciable sur des intérêts extra-provinciaux⁶⁴¹ ». La mise en œuvre de la clause de commerce, pour sa part, implique également que la loi soit « d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter⁶⁴² ». Dans les deux cas, le critère doit être interprété de façon abstraite⁶⁴³.

398. Nous rechercherons donc quels éléments sont pris en compte par la Cour de justice et la Cour Suprême pour évaluer la capacité à agir.

Les décisions jusqu'alors rendues par la Cour de justice et la Cour suprême sur la subsidiarité peuvent être regroupées par domaines de compétences: marché intérieur (*sous-section 1*), relations de travail (*sous-section 2*), environnement (*sous-section 3*), aéronautique (*sous-section 4*) et recherche biomédicale (*sous-section 5*).

Sous-section 1. L'évaluation de la capacité à agir dans le domaine du marché intérieur

399. Alors que la Cour de justice de l'Union Européenne se réfère au texte de la directive pour constater la plus-value de l'intervention de l'Union Européenne (§1), la Cour suprême du Canada procède à un contrôle plus approfondi (§2).

⁶⁴¹*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401

Cf. aussi le cinquième critère du test de *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641

⁶⁴²Quatrième critère du test de *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641

⁶⁴³*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, p. 127.

§1. La capacité à agir dans le domaine du marché intérieur en droit de l'Union Européenne

400. Le marché commun n'apparaît jamais comme un sujet de législation totalement indépendant; il se retrouve tantôt lié à des objectifs de protection de la santé publique (A), au domaine de la téléphonie mobile (B) ou à celui de l'art et de la culture (C).

A. La capacité des Etats à assurer le bon fonctionnement du marché commun dans le domaine de la santé publique

Pour montrer que la directive respecte le principe de subsidiarité, il s'agit selon le test de la valeur ajoutée, de montrer que des divergences de législations pourraient engendrer des distorsions dans le marché commun rendant nécessaire une intervention de l'Union Européenne.

Les requérants au principal et les gouvernements luxembourgeois et allemands (2) n'évaluent pas la nécessité d'une intervention communautaire de la même façon que la Cour (1).

1. L'évaluation de la capacité à agir par la Cour de justice

401. La Cour se contente de citer la directive pour établir que l'absence d'intervention de l'Union Européenne pourrait créer des distorsions dans le marché commun⁶⁴⁴.

La Cour ne procède pas à un contrôle des faits mentionnés par la directive; à savoir le progrès scientifique relatif aux effets du tabac, progrès susceptible de provoquer des évolutions législatives nationales desquelles résulterait une distorsion du marché commun et justifiant une nouvelle intervention de l'Union Européenne. Un examen des faits semble d'autant plus superflu dans la mesure où l'objectif visé est le bon fonctionnement du marché commun et non la protection de la santé publique. Dès lors, seule importe une perception subjective de la nocivité du tabac; cette perception seule ayant un impact sur le marché. La question se pose de savoir si des considérations législatives factuelles sont susceptibles d'un contrôle de la Cour. L'argumentation des gouvernements allemand et luxembourgeois repose, en effet, sur une remise en question des

⁶⁴⁴British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §9.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

liens entre fabrication et commercialisation de cigarettes exposées par le législateur⁶⁴⁵.

Elle considère qu'une nouvelle intervention du législateur de l'Union Européenne en vue d'harmoniser les législations, ne résulte pas nécessairement de découvertes scientifiques mais pourrait aussi résulter d'évolutions politiques⁶⁴⁶. L'importance accrue accordée à la lutte contre le tabagisme rendrait possible une telle intervention.

402. La Cour fonde la nécessité de l'intervention européenne sur le seul test de la valeur ajoutée. Elle fusionne les deux critères de la plus-value européenne et de l'insuffisance de l'exercice de la compétence nationale. L'action européenne étant plus efficace, l'action étatique est nécessairement insuffisante; il devient donc superflu d'examiner son efficacité.

La Cour, pour montrer la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne, affirme que laisser aux Etats membres le soin de régler le commerce des compléments alimentaires « verrait se perpétuer l'évolution hétérogène des réglementations nationales et, partant, les obstacles aux échanges entre Etats membres et les distorsions de concurrence en ce qui concerne ces produits ». Autrement dit, la Cour déduit l'inefficacité de l'action étatique de la plus-value de l'action européenne, alors que ces deux critères devraient être distingués.

403. L'avocat général se réfère, de façon similaire, à l'efficacité d'une intervention des États membres pour établir la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne⁶⁴⁷. A ce contrôle du test d'efficacité comparative, s'ajoute la référence, plus étonnante dans le cadre du contrôle de la subsidiarité, aux dommages économiques que pourraient subir les États membres en l'absence d'intervention de l'Union Européenne⁶⁴⁸. La question se pose du bien-fondé de

⁶⁴⁵British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §47

⁶⁴⁶British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

80 Au demeurant, l'évolution des connaissances scientifiques n'est pas le seul motif pour lequel le législateur de l'Union Européenne peut décider d'adapter la législation de l'Union Européenne puisqu'il lui appartient, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose en la matière, de tenir compte également d'autres considérations, telles que l'importance accrue accordée au plan politique et social à la lutte contre le tabagisme.

⁶⁴⁷Opinion de l'avocat général dans British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §159

⁶⁴⁸British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §163

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

cette référence dans la mesure où il ne s'agit pas directement d'un objectif de l'Union Européenne.

2. L'interprétation de la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne par les requérants

404. Selon les requérants au principal, soutenus par les gouvernements allemand et luxembourgeois, une intervention de l'Union Européenne ne serait pas nécessaire pour atteindre les objectifs visés⁶⁴⁹, la directive excéderait les compétences de l'Union Européenne. La Cour ne pourrait contrôler cette nécessité sans examiner le lien entre fabrication et commercialisation des cigarettes et par conséquent sans examen des faits.

405. Le Tribunal de Première instance, au contraire, a pris en compte des éléments de preuves factuelles. La société requérante, composante du groupe *British American Tobacco Product*, a demandé à la Commission, sur le fondement de la décision relative à l'accès du public aux Commissions⁶⁵⁰, la communication des documents pris en compte pour présenter sa proposition de directive⁶⁵¹ relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et

⁶⁴⁹British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

Les requérantes au principal soutiennent que, en vertu de l'article 152, paragraphe 4, sous c), CE, la Communauté n'est pas compétente pour harmoniser les règles nationales en matière de santé publique en tant que telles et qu'elle n'est compétente pour adopter une mesure d'harmonisation sur la base de l'article 95 CE qu'à la condition que cette mesure ait effectivement pour objet l'amélioration des conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur et contribue effectivement à l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services ou encore à la suppression de distorsions de concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-376/98, Rec. p. I-8419, en particulier points 84 et 95, ci-après l'« arrêt sur la publicité en faveur du tabac »). Or, en l'espèce, contrairement aux indications qui figurent dans ses considérants, la directive n'aurait pas pour objectif d'assurer la libre circulation des produits du tabac, mais elle viserait en réalité à garantir la protection de la santé publique.

⁶⁵⁰Règlement (CEE) n384/85 de la Commission, 14 février 1985, *Journal officiel* des Communautés Européennes NL46, p. 58.

⁶⁵¹ Communication de la commission des communautés européennes, Bruxelles, 16 novembre 1999, COM 594, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0594:FIN:FR:PDF>, (consulté le 22 novembre 2013)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

de vente des produits de tabac⁶⁵². Elle sollicitait, entre autres, la communication de l'ensemble des travaux de recherches scientifiques utilisés⁶⁵³. La commission a indiqué au Tribunal que ces documents étaient seuls disponibles et l'a invité à s'adresser à un expert désigné pour ce dossier. La commission avait communiqué à la requérante, à la première demande, les recommandations du comité d'experts cancérologues concernant le tabac. La requérante a été condamnée par le Tribunal à supporter l'ensemble des dépens⁶⁵⁴.

Cet arrêt montre l'intérêt du tribunal pour le comportement de la commission, cette dernière ayant tardé autant que possible à lui fournir les pièces demandées.

B. L'évaluation de la capacité à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur dans le domaine de la téléphonie mobile

406. Le législateur européen a « instauré une approche commune, afin notamment de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché intérieur, permettant à ces opérateurs d'agir dans un seul cadre réglementaire cohérent ». A cette fin, le pouvoir de taxation des États est limité. Si la décision Vodafone permet aux États de réclamer aux opérateurs de téléphonie mobile des redevances pour l'utilisation privative ou l'exploitation du domaine public⁶⁵⁵, la Cour a précisé que les États ne pourraient percevoir davantage que les taxes et

⁶⁵² JO C 150 E du 30.5.2000, p. 43, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001L0037:20120328:FR:PDF> (consulté le 20 janvier 2012)

François MARIATTE, *Europe*, 01/08/2002, p. 15.

⁶⁵³ Elle sollicitait en particulier les comptes rendus d'examens par l'institution de ces travaux et les PV des réunions des différents comités d'experts intervenus portant évaluation de ces travaux, ainsi qu'une communication au Conseil et au Parlement du 18 décembre 96 sur le rôle actuel et projeté de la Communauté dans la lutte contre la consommation du tabac et une liste des communications scientifiques consultées par ses services lors de l'élaboration de la proposition de directive.

⁶⁵⁴ Le tribunal a, d'une part, rejeté le recours comme étant non fondé en ce qui concerne les PV des réunions des comités d'experts et d'autre part, comme étant devenu sans objet en ce qui concerne les autres documents sollicités.

⁶⁵⁵ Directive 2002/20/CE sur l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, GAZIN Fabienne, *Europe*, p. 37.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

redevances sur la fourniture de réseaux et de communications prévues par la directive⁶⁵⁶.

Dans cette perspective, la nécessité de l'intervention du législateur de l'Union Européenne relative aux prix de gros est présentée comme évidente par la Cour⁶⁵⁷ alors que celle relative au prix de détail soulève le débat.

L'avocat général, se fondant sur les éléments de faits apportés par les parties demanderesses, s'interroge sur la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne dans le domaine des prix de détail (1), il donne des arguments visant à étayer la compétence de l'Union Européenne (2). L'argumentation de la Cour apparaît plus laconique (3).

1. La référence de l'avocat général à la capacité objective d'intervention des Etats

407. L'avocat général remet en question la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne régulant les prix de détail pour assurer l'harmonisation du marché commun. L'avocat général prend en compte la position des parties. En affirmant que « ainsi que l'expliquent les parties demanderesses, il semblerait que les autorités nationales de régulation soient en meilleure position pour se prononcer sur la nécessité de contrôles des prix ⁶⁵⁸ », l'avocat général procède à un contrôle des faits énoncés par le législateur de l'Union Européenne car ces faits ont un impact direct sur le marché commun. Il se réfère à des considérations factuelles pour montrer les lacunes de l'argumentation du législateur⁶⁵⁹. Il reviendrait selon lui au législateur de prouver la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne: « le législateur de l'Union Européenne devrait développer une argumentation à l'appui d'une telle thèse, et il n'y parviendrait pas » .

⁶⁵⁶Parlement et Conseil, directive « cadre » relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, Bruxelles, 7 mars 2002, JOCE n L108-33 du 24 mai 2002, p. 21.

La Cour a limité la redevance aux seuls propriétaires du réseau de télécommunications électroniques. L'application de la redevance aux opérateurs qui se contentent d'avoir accès au réseau et de l'utiliser serait contraire à la directive du 7 Mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques.

⁶⁵⁷Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

⁶⁵⁸Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, point 31

⁶⁵⁹Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010 § 28, 31

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Bien qu'il montre les lacunes de la motivation de l'Union Européenne, l'avocat général considère comme la Cour que la directive n'enfreint pas le principe de subsidiarité.

408. L'avocat général rappelle que l'intention du législateur n'est pas décisive. Seule la nécessité objective d'une intervention du législateur importe⁶⁶⁰.

L'avocat général semble ici prendre en compte la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne pour atteindre un objectif, davantage que l'efficacité comparée des interventions étatiques et de l'Union Européenne⁶⁶¹, se montrant ainsi plus exigeant que la Cour dans le contrôle de la subsidiarité.

2. L'argumentation de l'avocat général montrant la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne

409. Il développe deux considérations justifiant aux yeux du législateur de l'Union Européenne son intervention, la nécessité d'agir dans de brefs délais d'une part (a) et la reconnaissance de la nature transfrontalière d'autre part (b). En outre, il montre que la directive poursuit de façon annexe un autre objectif, celui de favoriser l'égalité des chances, même si cet objectif n'est pas mentionné par la Cour.

a. L'efficacité conçue comme une action diligente

410. L'efficacité législative nécessite qu'il faille « imposer en temps utile des taux maximaux afin de garantir que les objectifs du règlement (soient) atteints », le règlement sur l'itinérance devant expirer trois ans après son adoption⁶⁶².

L'efficacité est ainsi liée à la célérité de l'action de l'Union Européenne pour atteindre les objectifs visés, ce qui n'est pas sans rappeler la théorie de l'urgence en droit canadien⁶⁶³.

⁶⁶⁰Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

⁶⁶¹Concl. av. gén. PoiaresMaduro du 1^{er} oct. 2009 sur *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

⁶⁶²Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

D'un autre côté, eu égard au fait que le règlement sur l'itinérance devait expirer trois ans après son adoption, l'argument selon lequel il fallait imposer en temps utile des taux maximaux afin de garantir que les objectifs du règlement seraient atteints est de quelque poids. Il est lié à des considérations d'efficacité législative.

⁶⁶³Théorie de l'urgence, cf. notes 175s.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

L'intervention dans le domaine des prix de détail devrait permettre d'améliorer l'efficacité du droit de l'Union Européenne dans la mesure où le législateur intervient dans le domaine des prix de gros⁶⁶⁴. La législation est prise comme un tout, l'intervention du législateur dans le domaine des prix de gros et dans celui des prix de détail allant de pair. La question se pose dès lors de savoir si, le critère d'indivisibilité applicable à la théorie de l'intérêt national⁶⁶⁵ en droit canadien, ne pourrait pas être transposé au droit de l'Union Européenne, ce critère permettant d'assurer l'ambivalence du principe de subsidiarité en rétablissant l'équilibre entre efficacité et nécessité de l'intervention de l'Union Européenne.

411. L'avocat général évoque en outre la perception de l'action de l'Union Européenne par les citoyens de l'Union Européenne» les consommateurs pourraient voir immédiatement les effets de l'intervention de la Communauté », le principe de subsidiarité permet en effet d'assurer une démocratie de proximité.

L'avocat général se réfère à l'intention du législateur de l'Union Européenne pour développer cet argument.

b. L'argument de la nature transfrontalière

412. Le second argument invoqué par l'avocat général pour étayer le respect du principe de subsidiarité « découle toutefois de la nature transfrontalière de l'activité économique qu'il s'agit de réglementer⁶⁶⁶. » L'argument tiré de la nature transfrontalière n'est pas envisagé de façon autonome. Cet argument, comme le précédent, met l'accent sur l'aspect efficacité du principe de subsidiarité, davantage que sur la nécessité de l'action de l'Union Européenne.

L'argumentation de l'avocat général repose sur des probabilités factuelles « on pourrait s'attendre à ce que, au moment de réguler ce marché, les régulateurs nationaux mettent l'accent sur les coûts, et d'autres aspects, des communications nationales, plutôt que sur les prix de l'itinérance. C'est la

⁶⁶⁴Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

À la lumière de la nécessité d'une intervention de la Communauté au niveau des prix de gros, il serait loisible de soutenir qu'il est en même temps plus expédient et plus approprié de réglementer simultanément les prix de détail. Les prix de gros pourraient être fixés à la lumière des prix de détail envisagés et inversement, et les consommateurs pourraient voir immédiatement les effets de l'intervention de la Communauté.

⁶⁶⁵Critère utilisé par la Cour dans R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401

⁶⁶⁶Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, §33, 34

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Communauté qui, en raison de la nature transfrontalière de l'itinérance, a un intérêt spécial à protéger cette activité économique et à la promouvoir. »

L'avocat général Sharpston raisonne par induction pour établir que l'action de la Communauté est nécessaire lorsque « les processus démocratiques au sein des Etats membres ne parviennent pas à protéger une activité transfrontalière (41) » .

Il indique dans ses conclusions que certains opérateurs pourraient avoir à payer une double redevance, ce qui serait contraire à l'égalité des chances. Les opérateurs de téléphonie mobile, partout dans l'Union Européenne, pourraient former des recours en restitution de taxes indûment perçues.

Alors que la Cour Suprême du Canada, ne conçoit la capacité à agir provinciale que de façon abstraite, la Cour de justice ne semble procéder à un contrôle factuel que lorsque les faits ont un lien avec la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne. Ainsi appréhende-t-elle les faits de façon subjective dans *Natural Health* et de façon objective dans *Vodafone*⁶⁶⁷.

3. Le laconisme de l'argumentation de la Cour

413. La Cour, sans reprendre l'ensemble de l'argumentation de l'avocat général, reconnaît une interdépendance entre les prix de détail et les prix de gros, interdépendance rendant nécessaire une intervention de l'Union Européenne au niveau des prix de détail afin de maintenir le fonctionnement harmonieux du marché de l'Union Européenne. La Cour reconnaît le large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur de l'Union Européenne. La Cour se fonde sur le texte du règlement pour établir cette interdépendance⁶⁶⁸ et le respect du principe de subsidiarité. Le législateur constate que l'obligation d'information renforce l'effet utile de la fixation de plafonds des prix et que « les effets de l'approche commune réalisée par le règlement dont l'objectif poursuivi peut être mieux réalisé au niveau communautaire » ⁶⁶⁹.

414. La Cour considère que l'objectif du règlement est « notamment de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché intérieur » . C'est sur cet objectif que se fonde la compétence du législateur de l'Union Européenne⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

⁶⁶⁸Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, §77? à 79

⁶⁶⁹Fabrice PICOD, « Contrôle du respect de la base juridique, de la proportionnalité et de la subsidiarité » , *La Semaine Juridique* - Edition Générale, 21 Juin 2010 - n° 25, p. 70

⁶⁷⁰Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

76. À cet égard, il y a lieu de rappeler que le législateur de l'Union Européenne, soucieux de préserver la concurrence entre opérateurs de réseau mobile, a, par l'adoption du règlement n°717/2007, instauré une approche commune, afin

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

La Cour rappelle que le législateur européen, soucieux de préserver la concurrence entre opérateurs de réseau mobile, a « instauré une approche commune, afin notamment de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché intérieur, permettant à ces opérateurs d'agir dans un seul cadre réglementaire cohérent ». L'objectif poursuivi peut être mieux réalisé au niveau européen en raison des effets de l'approche commune instaurée par le règlement. Une fois encore la mesure européenne est justifiée par sa raison d'être : son application à tous les Etats membres⁶⁷¹.

Alors que la Cour Suprême du Canada, ne conçoit la capacité à agir provinciale que de façon abstraite, la Cour de justice ne semble procéder à un contrôle factuel que lorsque les faits ont un lien avec la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne. Ainsi appréhende-t-elle les faits de façon subjective dans *Natural Health* et de façon objective dans *Vodafone*⁶⁷².

C. L'évaluation de la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour éviter une distorsion de la concurrence dans le domaine de l'art et de la culture

415. Dans les décisions *Fundación Gala-Salvador Dalí* et *VEGAP* et dans *Commission / Portugal*, la Cour reconnaît la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour éviter une distorsion de la concurrence dans le domaine de l'art et de la culture.

Elle se fonde sur l'existence de disparités entre les législations nationales pour prouver la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne dans les domaines où des distorsions dans le marché commun pourraient résulter de ces disparités dans l'arrêt *Fundación Gala-Salvad*⁶⁷³. Elle ne précise pas comment évaluer l'impact des disparités entre les législations nationales sur le marché commun.

Pour autant, la disposition française autorisant le droit de suite aux héritiers légaux n'est pas considérée comme incompatible avec la directive. Il reviendra au juge espagnol de se prononcer sur l'applicabilité du droit français. Cette décision

notamment de contribuer au fonctionnement harmonieux du marché intérieur, permettant à ces opérateurs d'agir dans un seul cadre réglementaire cohérent.

⁶⁷¹ Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, *Revue Trimestrielle de Droit européen* », 2008, n1, p. 29.

⁶⁷² *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

⁶⁷³ *Fundación Gala-Salvador Dalí* et *VEGAP*, affaire C-518/08, 15 avril 2010, §15

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

favorise la complémentarité entre le droit national, le droit de l'Union Européenne et le droit international⁶⁷⁴.

416. Dans l'arrêt *Commission/Portugal*, la Cour raisonne par analogie. Elle considère que « les droits exclusifs conférés par la propriété littéraire et artistique sont de nature à affecter les échanges de biens et de services ainsi que les rapports de concurrence à l'intérieur de la Communauté ». Elle ne précise pas quel est le lien entre « les droits exclusifs conférés par la propriété littéraire et artistique » et « les échanges de biens et de services »⁶⁷⁵ mais se fonde sur un argument jurisprudentiel.

La Cour, rejetant les justifications proposées par le Portugal, constate son manquement⁶⁷⁶. Plutôt que de montrer quelles sont les similitudes entre le cas cité et l'affaire nouvelle, selon une méthode analogique, la Cour généralise par une induction amplifiante : la solution de l'arrêt cité, ce qui affaiblit la fiabilité de son raisonnement.

D. La prise en compte de la dimension transfrontalière de la coopération administrative en matière de TVA

417. Dans l'arrêt *Commission / Allemagne*, la Cour invoque la dimension transfrontalière de la coopération administrative en matière de TVA pour étayer le respect par le règlement du principe de subsidiarité⁶⁷⁷. Comme dans *Vodafone*, la référence à la dimension transfrontalière est déterminante;

La Cour constate que la coopération des administrations nationales instituée par le règlement est essentielle. Elle contribuerait à une réduction des fraudes et à la perception effective des recettes de TVA et symétriquement au maintien des ressources de TVA et à la préservation de l'équilibre général des ressources propres de l'Union⁶⁷⁸.

Elle repousse l'argumentation de l'Allemagne fondée sur la subsidiarité « à supposer même que le principe de subsidiarité doive s'appliquer en l'espèce, la dimension transfrontalière de la coopération administrative en matière de TVA

⁶⁷⁴ Laurence IDOT, « Propriété intellectuelle », *Jurisclasseur Europe* 2010, n 6 Juin 2010, 1663-8184, Commentaire 216

⁶⁷⁵ *Commission / Portugal*, Affaire C-53/05, 6 juillet 2006, §29 à 32

⁶⁷⁶ François MARIATTE, « Vice de transposition de la directive « droit de location et de prêt au Portugal » », *Jurisclasseur Europe*, n10 Octobre 2006, Commentaire 284, p. 20.

⁶⁷⁷ *Commission / Allemagne*, Affaire C-539/09, 15 novembre 2011

⁶⁷⁸ Anne RIGAUX, « Refus de vérification de la Cour des Comptes », *Jurisclasseur Europe*, n1 Janvier 2012, Commentaire 9, p. 20.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

instituée par le règlement conduirait en tout état de cause à considérer que le contrôle litigieux est conforme audit principe. Un tel contrôle permet en effet de veiller au bon fonctionnement de la coopération à laquelle participent les administrations de l'ensemble des Etats membres, bon fonctionnement dont dépend pour partie l'aptitude de chacune des administrations à lutter contre la fraude et l'évasion fiscale sur leur propre territoire; ledit contrôle sera nécessairement mieux réalisé de manière centralisée, au niveau de la communauté, par la cour des comptes puisque sa compétence s'étend à l'ensemble des Etats membres.

§2. La capacité à agir dans le cadre de la clause de commerce

418. City National Leasing reproche à General Motors d'avoir accordé un taux d'intérêt « préférentiel » subventionné à ses concurrents lors de leurs acquisitions de véhicules GM. La Cour doit dès lors se prononcer sur la compétence du Parlement pour adopter la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en vertu de l'article 91(2)*⁶⁷⁹. La question porte plus particulièrement sur la constitutionnalité de l'article 31.1 de la loi relative aux enquêtes sur les coalitions. En première instance, le juge avait considéré que l'article 31.1 était de la compétence des Provinces sur les échanges et le droit civil et n'était pas vraiment essentiel à l'efficacité des lois relatives aux enquêtes sur la coalition⁶⁸⁰. La Cour d'Appel de l'Ontario a partiellement accueilli l'appel. La Cour suprême reconnaît pour sa part la constitutionnalité de cet article en se fondant sur la compétence générale du fédéral en matière de commerce pour reconnaître la compétence fédérale.

419. Se fondant sur une interprétation fonctionnelle de l'article 91(2), la Cour suprême détermine dans l'arrêt *General Motors of Canada* les critères de la compétence générale du Parlement fédéral en matière d'échanges et de commerce, ces critères permettent d'évaluer la capacité à agir provinciale dans une dynamique de subsidiarité.

Dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*⁶⁸¹, la Cour a ajouté aux critères de *Vapor Canada* de nouveaux critères. Ces derniers mettent l'accent

⁶⁷⁹Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970

⁶⁸⁰Le juge Rosenberg, cite dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, II

« Manifestement, l'art.31.1 ne fait pas partie du système complexe mis en place par la Loi. Il n'est tributaire d'aucune conclusion de la part du Directeur ou de la Commission. La Loi s'est appliquée pendant plus de 75 ans sans une telle disposition. On ne peut en justifier l'existence pour le motif qu'elle serait une composante *essentielle* d'un système administratif mis en place par la Loi. »

⁶⁸¹*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

sur la nécessité pour le fédéral de détenir des compétences suffisamment étendues pour atteindre les objectifs constitutionnels qu'il poursuit. Ils visent à évaluer la capacité à agir des provinces, sont directement inspirés par le principe de subsidiarité⁶⁸² : « la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et 5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays. » .

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, la Cour se montre plus exigeante dans l'application de ces critères. La reconnaissance de l'incapacité provinciale ne suffit pas à prouver la compétence fédérale. Encore faut-il que l'intervention fédérale respecte les compétences provinciales, ce qui, nous le verrons, n'est pas sans rappeler le principe de proportionnalité.

Sous-section 2. L'évaluation de la capacité à agir des Etats membres dans le domaine des relations de travail

420. Dans les décisions *R.U. c/Conseil* et dans *Commission/ Allemagne*, la Cour se limite à un contrôle purement formel de la capacité à agir.

La Cour a pour volonté l'élévation du niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne*. Or, l'objectif de cette directive, l'harmonisation du niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne*, nécessite sa

⁶⁸²General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

La Cour a proposé plusieurs critères de validité d'une loi en vertu du deuxième aspect de la compétence en matière d'échanges et de commerce: 1) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation, 2) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation, 3) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier, 4) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter, et 5) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays. Ces indices ne constituent pas une liste exhaustive de caractéristiques qui tendent à caractériser une loi générale en matière d'échanges et de commerce et la présence ou l'absence de l'un ou l'autre de ces critères n'est pas nécessairement concluante. Chaque fois que la compétence générale en matière d'échanges et de commerce est invoquée comme fondement de constitutionnalité, un examen méticuleux de chaque cas demeure approprié.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

réalisation au niveau communautaire⁶⁸³. Dans cet arrêt, la Cour contrôle la nécessité d'une intervention communautaire pour atteindre l'objectif poursuivi par la norme. L'article 5 du traité et la jurisprudence ultérieure de la Cour⁶⁸⁴ semblent pourtant indiquer que c'est à la lumière d'un objectif des traités que doit être contrôlé le principe de subsidiarité.

La Cour se fonde sur l'opinion du Conseil pour constater la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour améliorer la santé et la sécurité des travailleurs⁶⁸⁵. L'avocat général se contente d'affirmer que « le principe même du déclenchement de l'action de l'Union Européenne pour les domaines couverts par la directive litigieuse ne saurait être contesté. L'initiative n'aurait pu en revenir aux seuls États membres », pour établir la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne⁶⁸⁶.

421. L'Allemagne avançant des arguments montrant l'efficacité pratique d'une intervention étatique dans Commission / Allemagne⁶⁸⁷, tente d'établir que les directives attaquées enfreignent le principe de subsidiarité « les dispositions de l'article 118 A, lues dans le contexte du principe de subsidiarité, tel que formulé à l'article 3 B, premier alinéa, du traité CE, feraient obstacle à ce qu'il serve de fondement à des prescriptions autres que minimales ⁶⁸⁸ ». Elle rappelle ensuite l'efficacité du système national. L'efficacité invoquée par l'Allemagne, celle du système national « dans le domaine de la législation en matière de protection des données » s'oppose à l'efficacité de l'action de l'Union Européenne pour atteindre les objectifs des traités⁶⁸⁹ ; cette dernière seule étant prise en compte dans le contrôle du respect du principe de subsidiarité.

⁶⁸³ D.R., « Compétences communautaires », Jurisclasseur Europe, n1 Janvier 1997, commentaire 1, p. 7.

⁶⁸⁴ Concl. av. gén. Poiras Maduro du 1^{er} oct. 2009 sur *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

⁶⁸⁵ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996, §47

⁶⁸⁶ Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 12 mars 1996. - *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996, §128, 129

⁶⁸⁷ Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, Affaire C-103/01, 22 mai 2003, §53

⁶⁸⁸ Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 12 mars 1996. - *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996, §20

⁶⁸⁹ Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, Affaire C-103/01, 22 mai 2003

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

422. La Cour ne remet pas en question les arguments avancés par l'Allemagne. Sans se prononcer sur l'efficacité d'une action allemande, elle se réfère à l'efficacité de l'action européenne. La divergence entre les opinions majoritaires et dissidentes découle des éléments de preuves pris en compte dans le contrôle de la subsidiarité et de la proportionnalité. Alors qu'elle le pourrait, la Cour se réfère peu au texte ou à une argumentation *ab exemplo*. Cette décision semble, par conséquent, principalement surdéterminée. La Cour motive sa décision comme si, prédéterminée, elle résultait d'une interprétation téléologique des traités. Elle interprète la subsidiarité à la lumière de l'objectif pragmatique de protection des travailleurs et de l'objectif systémique de respect du principe de proportionnalité. Néanmoins, elle ne fournit pas d'argument pour répondre aux parties et étayer la plus-value de l'action de l'Union Européenne pour atteindre et protéger les travailleurs. Concernant le principe de proportionnalité, il n'est respecté que si le principe de subsidiarité l'est. Ces deux principes ne s'appliquent pas de façon alternative.

Cette décision pourrait avoir été influencée par la volonté de l'interprète de privilégier la compétence de l'Union Européenne. Le choix entre ces éléments de preuve pourrait révéler une divergence de conception du partage des compétences entre l'Allemagne et le Conseil. Alors que la Cour, en se référant à l'efficacité de l'action européenne, privilégie une application ascendante par le test de la valeur ajoutée; l'Allemagne, en se référant à l'efficacité de l'action nationale, privilégie une application descendante de la subsidiarité. L'influence des objectifs poursuivis par l'interprète serait moindre si les critères d'application du principe de subsidiarité étaient plus précis.

Sous-section 3. L'évaluation de la capacité à agir des niveaux de gouvernement dans le domaine de l'environnement

423. En droit de l'Union Européenne, c'est en matière d'environnement que la Cour appliqua pour la première fois le principe de subsidiarité (§1). En droit canadien, la Cour suprême contribue à préciser les critères d'évaluations de la capacité à agir de chaque niveau de pouvoir (§2).

§1. La capacité à agir en droit de l'environnement en droit de l'Union Européenne

Il serait contraire à cette exigence d'obliger la République fédérale d'Allemagne à adopter un système étranger à son ordre juridique et, ainsi, à abandonner un système de contrôle efficace qui aurait fait ses preuves depuis presque trente ans et qui aurait été un exemple dans le domaine de la législation en matière de protection des données, dont le rayonnement aurait été bien plus que national.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

424. Après avoir montré l'influence de la jurisprudence de la Cour sur le principe de subsidiarité en droit de l'environnement (A), nous examinerons l'interprétation du test de la valeur ajoutée dans ce domaine (B).

A. L'influence de la jurisprudence de la Cour sur les actes environnementaux

425. Une des premières applications du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne remonte à l'arrêt *Kramer* de 1976 où il est dit « que la conservation des ressources biologiques de la mer ne peut être assurée de manière à la fois efficace et équitable qu'à travers une réglementation engageant tous les États intéressés, y compris les pays tiers⁶⁹⁰ ».

La Cour a ainsi justifié la capacité de la Communauté à conclure une convention internationale en matière de pêche⁶⁹¹. La Communauté serait, par exemple, seule à même de lutter contre l'effet de serre, la détérioration de la couche d'ozone ou encore de préserver la propreté de la mer du Nord et des fleuves. D'un autre côté, la jurisprudence de la Cour de justice a pu inciter les institutions de l'Union Européenne à respecter les compétences étatiques concernant les actes environnementaux.

Quoique cela soit relativement rare, certaines initiatives de l'Union Européenne adoptées sur la base de l'article 192 TFUE, notamment en ce qui concerne la lutte contre la pollution marine ou la décontamination marine, ont été écartées au motif que l'action des États était aussi efficace. Au nom de la subsidiarité, le Conseil et le Parlement seraient parvenus à réduire, au cours de la dernière législature, le niveau de protection découlant de normes de l'Union Européenne adoptées dans le courant des années 1980 et ayant fait l'objet d'une interprétation stricte de la part de la Cour de justice.

426. La Cour de justice avait, par exemple, jugé dans un arrêt *van de Walle* que le producteur d'un produit à l'origine de déchets était tenu de prendre en charge la décontamination de ces derniers. Afin de réagir au mécontentement des États membres et des secteurs économiques concernés, le législateur de l'Union fit volte-face et assouplit les exigences posées par la directive⁶⁹².

⁶⁹⁰Kramer, Affaires jointes 3-4 et 6/76, 14 juillet 76

⁶⁹¹Jean-Philippe DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité. » *RIDC*, 2007 1. pp. 107-140.

⁶⁹²D'une part, les sols contaminés échappent au champ d'application de la nouvelle directive, alors que, d'autre part, la responsabilité obligatoire du producteur de produits a été supprimée au profit d'un principe plus flou, celui de la responsabilité élargie du producteur – laquelle porte sur l'usage qui sera fait de ses produits lorsque ceux-ci se transformeront en déchets 23. Il en résulte que

B. L'application du test de la valeur ajoutée aux politiques environnementales

427. Il s'agit de déterminer les conditions caractérisant un dépassement des frontières étatiques (1) ainsi que les situations d'urgence d'une intervention (2), toutes deux caractérisant une valeur ajoutée de l'action de l'Union Européenne.

1. Le caractère transfrontalier d'une matière

428. Les écosystèmes étant interconnectés, les limites étatiques semblent sans aucune pertinence dans le traitement de problèmes environnementaux. La biosphère, les espèces, végétales ou animales, les cours d'eaux, la pollution, ne connaissent pas les frontières, particulièrement lorsqu'elles ne sont pas géographiques.

Dans cette perspective, la Cour de justice a considéré la protection des oiseaux migrateurs comme un problème de nature transfrontalière nécessitant des responsabilités partagées pour les Etats membres⁶⁹³. L'obligation d'atteindre un niveau élevé de protection, conformément aux obligations de droit primaire, démontre la valeur ajoutée du processus d'harmonisation.

429. Par ailleurs, l'absence d'une politique environnementale commune se traduirait par d'importantes distorsions de concurrence fragilisant le marché intérieur. Le coût élevé de la mise en œuvre des mesures d'épuration, de décontamination, de dépollution, de remise en état requiert que tous les États membres soient placés sur un pied d'égalité pour faire face à ces charges financières, ce qui se traduit notamment par l'imposition des responsables de ces pollutions.

2. L'urgence de l'intervention de l'Union Européenne

430. L'urgence de lutter contre le changement climatique pourrait, a priori, justifier une intervention de l'Union Européenne homogène et complète. En effet, l'objectif posé par le préambule de la directive 2004/101/CE: l'établissement d'un lien entre les mécanismes prévus par le protocole de Kyoto et le système de l'Union Européenne, ne peut être accompli de manière

la décontamination des sols ne tombe désormais plus sous le coup des obligations de gestion des déchets et que le régime de responsabilité rétrospective des producteurs à la fin de vie de leurs déchets est fortement atténué.

⁶⁹³ *Commission c. France*, Affaire C-252/85, 27 avril 1988, Rec., p. I-2243, point 9.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

suffisante par les États membres agissant individuellement, et peut donc, en raison des dimensions et des effets de la présente directive, être mieux réalisé au niveau de l'Union Européenne. La Communauté peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité.

431. Le Tribunal a, pour sa part, estimé que l'État membre dispose « d'une certaine marge de manœuvre pour choisir les mesures qu'il considère comme les mieux adaptées pour atteindre, dans le contexte spécifique du marché énergétique national⁶⁹⁴ », le résultat prescrit par ladite directive. L'État disposait donc d'une certaine liberté lorsqu'il élaborait son plan national d'allocation de CO₂, pour la période 2008-2012.

Selon le Tribunal, le respect du principe de subsidiarité implique, pour la Commission, une application rigoureuse de l'obligation de prouver que les plans nationaux d'allocation de CO₂ étaient contraires aux obligations prévues par la directive 2004/101/CE⁶⁹⁵.

§2. La capacité à agir en droit canadien de l'environnement

432. L'arrêt *Crown Zellerbach*⁶⁹⁶ permet d'observer l'œuvre de mécanismes de subsidiarité dans la doctrine de l'intérêt national et plus particulièrement dans l'évaluation de la capacité à agir des provinces (A). C'est par ailleurs dans le domaine de l'environnement, dans l'arrêt *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, que la Cour suprême a explicitement reconnu que le principe de subsidiarité constituait une règle d'interprétation des compétences (B).

A. L'évaluation de la capacité à agir provinciale en droit de l'environnement

⁶⁹⁴*Allemagne c. Commission*, Affaire T-374/04, 7 novembre 2007, Rec., p. II-4431, point 79 ; *Estonie c. Commission*, Affaire T-263/07, p. 23 septembre 2009, point 53. Notons toutefois qu'à la suite de l'adoption du paquet.

« énergie-climat » , ce système a été modifié. Désormais, le rôle de la Commission est nettement plus proactif. Il lui appartient en effet de publier la quantité totale de quotas pour l'ensemble de la Communauté en 2013, ce qui fut fait par décision du 22 octobre 2010 (Décision 2010/634/UE de la Commission du 22 octobre 2010 adaptant la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de l'Union pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union Européenne et abrogeant la décision 2010/384/UE, JO, 23 octobre 2010, L 279, p. 34).

⁶⁹⁵*Estonie c. Commission*, Affaire T-263/07, p. 23 septembre 2009, point 52.

⁶⁹⁶*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

433. La Cour devait, dans l'affaire *Crown Zellerbach*, déterminer si en vertu de la théorie de l'intérêt national, une loi fédérale pouvait s'appliquer à des eaux provinciales.

La Cour a dû se poser la question de savoir si la pollution de la mer était une question d'intérêt national relevant de la compétence législative du Parlement en matière de Paix, d'Ordre et de Bon Gouvernement du Canada. En cette occasion, les juges appliquent les critères de la théorie de l'intérêt national.

L'interprétation du critère d'unicité prend en compte l'effet sur les intérêts extra-provinciaux de l'omission d'une province de s'occuper efficacement du contrôle des aspects intra-provinciaux de la question. Les juges majoritaires interprètent le critère d'unicité de façon à favoriser la mise en œuvre d'un droit luttant efficacement contre la pollution des eaux et recherchent donc les effets potentiels de la négligence d'une Province⁽²⁾. Une telle interprétation de la capacité à agir pourrait, selon la dissidence, conduire à une utilisation abusive de la théorie de l'intérêt national⁽¹⁾.

1. La remise en cause par la dissidence d'une conception in abstracto de la capacité à agir provinciale

434. Le critère de l'incapacité provinciale est conçu in abstracto. Le juge Le Dain ne cherche pas à savoir si la Colombie-Britannique s'est convenablement occupée de la pollution marine dans les eaux de son territoire. Il suffit que la négligence d'une province puisse potentiellement entraîner des dommages sur les autres pour que ce critère soit satisfait même si en pratique les provinces assument convenablement leurs responsabilités. Ainsi conçu, le critère de l'intérêt national ne permet pas vraiment de limiter les utilisations de la théorie qui le promeut⁶⁹⁷. De plus l'interprétation de l'impact de la compétence fédérale sur les pouvoirs provinciaux peut donner lieu à des appréciations subjectives et difficilement prévisibles.

435. Par conséquent, pour mieux préserver l'équilibre des compétences, la dissidence se réfère à un critère plus exigeant. Dans une optique comparable à celle de la Cour de justice lorsqu'elle examine la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour atteindre un objectif, l'opinion dissidente se réfère aux pouvoirs dont dispose le gouvernement fédéral pour atteindre l'objectif visé. Elle considère pour sa part que « le Parlement jouit déjà de pouvoirs étendus pour remédier à des conditions qui entraînent la pollution du milieu marin partout où elles se présentent⁶⁹⁸ ». Alors que l'évaluation de la capacité à agir provinciale ne peut se faire que de façon abstraite, la dissidence ne se réfère pas seulement

⁶⁹⁷R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, pp. 482, 457, opinion du juge La Foret

⁶⁹⁸R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §6

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

à des éléments abstraits pour établir la capacité du Parlement fédéral à intervenir sur d'autres fondements. Elle mentionne le partage constitutionnel des compétences mais prend également en compte des éléments techniques et économiques.

Cette référence aux moyens à la disposition du Parlement fédéral pour résoudre un problème n'est pas sans évoquer le test d'efficacité comparative en droit de l'Union Européenne.

2. L'évaluation des effets de l'abstention d'une Province par la majorité

436. La Cour considère que l'omission d'une province de s'occuper efficacement de la pollution des eaux pourrait avoir des conséquences extra-provinciales.

La Cour reconnaît l'incapacité des provinces dès lors que l'omission d'une province de s'occuper efficacement des aspects intra-provinciaux d'une question pourrait affecter l'ensemble du pays. La Cour rappelant une fois de plus les fondements de la théorie de l'intérêt national, reconnue par la jurisprudence et la doctrine⁶⁹⁹ montre le lien entre les aspects intra et interprovinciaux d'une question évoluant sans cesse, l'incapacité provinciale, et par conséquent, l'intérêt national d'une question, doivent être interprétés de façon dynamique : « Ainsi, le juge Estey a considéré que la théorie de l'intérêt national énoncée dans l'arrêt *Canada Temperance Federation* visait non pas le cas d'une nouvelle matière qui n'existait pas à l'époque de la Confédération, mais celui d'une matière qui, au départ, pouvait avoir été d'intérêt local ou provincial, mais qui avait revêtu par la suite un intérêt national⁷⁰⁰ » .

La référence de la Cour Suprême à l'intérêt national peut être comparée à la référence de la Cour de justice au bon fonctionnement du marché commun.

⁶⁹⁹R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

« 34(...) Il a mentionné cette catégorie comme étant « une question d'intérêt national transcendant le pouvoir des autorités locales d'y faire face par voie législative» , et a cité à l'appui de cette formulation du critère un passage de l'ouvrage du professeur Hogg, intitulé *Constitutional Law of Canada*(1977), à la p. 261, où l'on dit que [TRADUCTION].

« l'élément le plus important de la dimension nationale ou de l'intérêt national est le besoin d'une loi nationale, but qu'une action concertée des provinces ne peut atteindre de façon réaliste, car le défaut de coopération de l'une d'elles entraînerait des conséquences graves pour les habitants des autres provinces.» 35. Dans l'arrêt *Schneider*, où la Cour a jugé à l'unanimité que l'*Heroin Treatment Act* de la Colombie-Britannique était constitutionnelle, l(...)»

⁷⁰⁰R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §35

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Dans les deux cas, la mise en œuvre de norme commune vise à pallier l'incapacité d'entité isolée à atteindre isolément un objectif.

437. L'application du critère de l'unicité dépend des objectifs de la norme contrôlée. Les effets d'une non-intervention de la province sont recherchés: « La pollution des mers, à cause de son caractère et de ses incidences extra-provinciales surtout, mais aussi internationales, est manifestement une matière qui intéresse le Canada tout entier⁷⁰¹ ».

De même, en droit de l'Union Européenne, subsidiarité et proportionnalité sont-ils contrôlés à la lumière des objectifs poursuivis par la norme contrôlée. Ce n'est qu'en se référant à un tel objectif que l'on peut déterminer si un instrument contraint excessivement les Etats.

B. La référence explicite au principe de subsidiarité

438. Dans *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, la Cour⁷⁰² invoque de façon explicite le principe de subsidiarité.

Les appelantes, des entreprises d'aménagement paysager et d'entretien utilisaient régulièrement, dans le cadre de leurs activités commerciales, des pesticides conformes à la Loi sur les produits antiparasitaires du gouvernement fédéral et détiennent les permis requis par la Loi sur les pesticides du Québec. La société Spratchey exerçait entre autres son activité dans la ville intimée qui a, en 1991, adopté le règlement 270, qui limite l'utilisation des pesticides sur son territoire à des endroits précis et aux activités énumérées. La définition de pesticides contenue dans le règlement 270 est la réplique exacte de celle adoptée dans la Loi sur les pesticides. En 1992, les appelantes ont été accusées d'avoir utilisé des pesticides contrairement au règlement 270. Elles ont introduit une requête en jugement déclaratoire demandant à la Cour supérieure de déclarer inopérant le règlement 270 et ultra vires le pouvoir de la Ville. La Cour supérieure, a rejeté une requête lui demandant de déclarer inopérant le règlement 270 et ultra vires le pouvoir de la Ville, ce qui fut confirmé par la Cour d'Appel⁷⁰³.

439. L'aspect descendant de la subsidiarité est pleinement reconnu dans cette décision ; la proximité entre la prise de décision et le citoyen y apparaît comme une garantie d'efficacité législative : « Ce principe veut que le niveau de

⁷⁰¹R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401, §3

⁷⁰²Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40 , §3

⁷⁰³Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population. » En l'espèce, la ville a étoffé la réglementation fédérale des produits antiparasitaires en limitant davantage l'utilisation de certaines substances, ce qui permet d'envisager sa capacité à agir. La Cour ne précise pas la source exacte de ce principe, si ce n'est une sorte de « coutume » : « cette instance surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. »

Sous-section 4. L'évaluation de la capacité à agir en matière d'aéronautique

440. L'affaire *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*⁷⁰⁴ résulte d'un recours en annulation de la directive 2009/12/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2009, sur les redevances aéroportuaires (JO L 70, p. 11), au motif qu'elle constituerait une violation des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité et de subsidiarité. Il serait selon le Luxembourg, injustifié d'appliquer la directive au plus grand aéroport de chaque État membre tel que l'aéroport Luxembourg-Findel. En effet, l'aéroport de Luxembourg-Findel, ne risquerait pas d'abuser d'une position dominante à l'égard des opérateurs.

Alors que la Cour répond directement à l'argumentation luxembourgeoise (§1), l'avocat général montre le respect du principe de subsidiarité par la directive en se fondant sur le caractère transnational de l'aéronautique, ce qui n'est pas sans rappeler le raisonnement de la Cour Suprême du Canada sur des questions semblables (§2).

§1. Le désaccord entre requérants et Cour sur la pertinence d'une analogie

441. Le Luxembourg considère que l'application de la directive au plus grand aéroport de chaque État membre serait contraire au principe de subsidiarité. Il évalue ainsi de façon concrète la capacité à agir des États. Selon la Cour, elle serait pourtant nécessaire.

Le Luxembourg utilise le raisonnement analogique pour montrer que l'application de la directive au plus grand aéroport de chaque État membre n'est

⁷⁰⁴ *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

pas nécessaire : « des aéroports ayant pourtant une taille supérieure à celle de l'aéroport de Luxembourg-Findel sont exemptés du respect des obligations découlant de la directive 2009/12⁷⁰⁵ ». Le Luxembourg considère que les aéroports ayant une qualité commune quant à la taille du trafic occasionné, devraient recevoir un même traitement, la non application de la directive. Cependant, il ne suffit pas que deux objets possèdent une qualité commune pour qu'un même traitement leur soit octroyé. Encore faut-il que cette qualité soit déterminante dans le traitement visé. Or le Luxembourg n'a pas montré le lien entre le trafic d'un aéroport et la réalisation des objectifs poursuivis par la directive.

442. Une distinction permet d'écarter une analogie. Ainsi la Cour a-t-elle procédé en montrant les lacunes de l'argumentation luxembourgeoise⁷⁰⁶. En effet, selon le Luxembourg l'application d'une même directive au plus grand aéroport de chaque État membre et aux aéroports enregistrant un trafic de plus de cinq millions de passagers enfreindrait le principe d'égalité de traitement en traitant de façon analogue des situations différentes.

La Cour propose en quelque sorte une analogie alternative en montrant la qualité commune de ces deux catégories d'aéroport. Elle rappelle que la qualité de plus grand aéroport d'un Etat était une caractéristique essentielle rendant nécessaire l'application de la directive⁷⁰⁷, ce qu'elle a montré plus tôt dans son raisonnement⁷⁰⁸. Ces aéroports jouiraient en effet d'une Position privilégiée dans leur rapport avec leurs usagers. La Cour justifie ainsi une différence de traitement entre des aéroports de trafic équivalent.

443. L'argumentation de l'avocat général ne répond que partiellement à l'argument analogique du Luxembourg⁷⁰⁹. Il évoque rapidement la nécessité d'appliquer aux aéroports principaux de chaque État membre la directive : « Si la tâche consistant à réglementer les redevances aéroportuaires dans leurs aéroports « principaux » enregistrant un trafic annuel inférieur à 5 millions de mouvements de passagers était laissée aux États membres, cela provoquerait

⁷⁰⁵*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §33 52, 73 cf aussi Conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 16 décembre 2010.

⁷⁰⁶ Marie MESTHER, « Transports aériens », Jurisclasseur Europe, n7 Juillet 2011, commentaire 257

⁷⁰⁷*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §108

⁷⁰⁸*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §44 à 46, 54, 82

⁷⁰⁹Conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 16 décembre 2010. Dans *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §109

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

une évolution divergente des réglementations nationales. » L'avocat général ne s'étend cependant pas sur la nature exacte des divergences pouvant résulter de la réglementation nationale de plus grands aéroports de certains États membres.

§2. La mise en exergue du caractère transnational de l'aéronautique en droit de l'Union Européenne et en droit canadien

444. En droit de l'union Européenne comme en droit canadien, on peut observer une assimilation du caractère transnational de l'aéronautique à une incapacité étatique ou provinciale d'agir.

Dans l'affaire *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, l'avocat général se réfère, sans transition, à la nature transnationale de l'activité réglementée plutôt que de détailler le lien entre le rang national occupé par l'aéroport et la nécessité d'appliquer la directive pour éviter des divergences, : « (...)On ne doit pas non plus négliger le fait que le trafic aérien est, par sa nature même, une activité largement transnationale et que, en général, elle se prête donc peu à être réglementée au niveau de chaque État membre. ⁷¹⁰ » Ce dernier argument semble sans lien avec le début du paragraphe où l'avocat général conteste l'analogie proposée par le Luxembourg.

445. L'argument tiré de la nature transnationale de l'aéronautique ne s'oppose pas directement à l'argumentation luxembourgeoise. En effet, comme la Cour l'affirme elle-même, le Luxembourg ne semble pas contester l'ensemble de la directive⁷¹¹ mais seulement son applicabilité à une certaine catégorie d'aéroport. Par « l'argument transnational » l'avocat général confirme la nécessité de la directive établie plus tôt ; celle-ci permettant d'éviter que les compagnies aériennes ne soient victimes d'abus de la part des gestionnaires des aéroports.⁷¹² Cependant, si le raisonnement de la Cour montre le lien entre le rang occupé par un aéroport dans un État membre et les risques d'abus pour les

⁷¹⁰Conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 16 décembre 2010, 109.

⁷¹¹*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §75 Le Parlement considère que la requête ne semble pas critiquer l'existence même de l'intervention du législateur de l'Union.

⁷¹²Conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 16 décembre 2010. En ce qui concerne la directive en cause en l'espèce, j'ai déjà eu l'occasion de souligner(36) que, sur le fondement de l'article 80, paragraphe 2, CE, elle établit des principes communs pour la perception de redevances aéroportuaires dans les aéroports de la Communauté afin d'éviter que les entités gestionnaires des aéroports commettent des abus vis-à-vis des compagnies aériennes.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

compagnies aériennes⁷¹³, ce lien n'est pas établi par l'avocat général. Ces arguments montrent la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne, ils ne montrent pas que la compétence de l'Union Européenne doit être exclusive. L'avocat général n'a pas établi que l'action conjointe des États et de la Communauté serait néfaste à la poursuite efficace d'objectifs de l'Union Européenne.⁷¹⁴

446. Alors que dans certains domaines tels que la réalisation du marché intérieur, la Cour interprète le principe de subsidiarité à la lumière d'objectifs concrets, elle s'abstient de rechercher quel droit serait le plus efficace dans la décision *Luxembourg c/ Conseil*. La principale divergence entre la Cour et le Luxembourg porte sur la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour les aéroports enregistrant un trafic annuel inférieur à cinq millions de mouvements de passagers. Les juges majoritaires et les juges dissidents se réfèrent au même argument. Leur désaccord porte sur la possibilité d'établir une analogie entre tous les aéroports enregistrant un trafic annuel inférieur à cinq millions de mouvements de passagers, qu'ils aient ou non la position d'aéroport principal de l'État dans lequel ils se trouvent. La Cour n'écarte pas explicitement l'analogie entre tous les aéroports enregistrant un trafic annuel inférieur à cinq millions de passagers. La Cour se réfère à la position occupée par un aéroport dans l'État dans lequel il se trouve, plutôt qu'au nombre de passagers empruntant annuellement l'aéroport pour identifier le droit applicable. La Cour ne justifie pas son choix de privilégier une caractéristique plutôt qu'une autre. Elle ne caractérise pas les divergences susceptibles de résulter de l'application de lois distinctes aux aéroports principaux des différents États membres. Pour ce faire, la Cour aurait pu rechercher la raison d'être de la directive et montrer que le nombre d'utilisateurs ne constitue pas une caractéristique pertinente pour établir une analogie. Elle motiverait ainsi son choix d'écarter l'argument par analogie proposée par le Luxembourg et écarterait ainsi d'éventuelles revendications ultérieures plus approfondies que celles du Luxembourg. La Cour évite de se prononcer *ultra petita*, elle se borne à répondre à l'argumentation luxembourgeoise sans rechercher elle-même des éléments de preuves pour se prononcer sur la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne. Sa décision semble principalement surdéterminée. Le travail d'interprétation de la Cour se limite au strict nécessaire, ce qui lui permet de préserver les compétences de l'Union Européenne.

447. En droit canadien, le raisonnement est similaire. La Cour suprême du Canada, dans *Johannesson*⁷¹⁵ puis dans *Lacombe*⁷¹⁶, fonde la compétence

⁷¹³ *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §46 47

⁷¹⁴ Cf. critère unicité en droit canadien

⁷¹⁵ *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292

⁷¹⁶ *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010 CSC 38].

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

fédérale en matière d'aéronautique sur la nécessité pratique d'une intervention fédérale dans le domaine de l'aéronautique pour sauvegarder l'intérêt national.

Le juge Locke pour montrer que l'aéronautique constitue une préoccupation pour le Canada dans son ensemble, insiste sur l'essor rapide du trafic aérien depuis la seconde guerre mondiale, sur l'importance de ce trafic pour l'épanouissement du pays et la mise en valeur des ressources nationales et sur la nécessité de ne pas diviser ce domaine de législation⁷¹⁷.

Sous-section 5. L'évaluation de la capacité à agir en matière de procréation assistée

448. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, l'ensemble des juges reconnaît que le principe de subsidiarité a pour vocation de garantir l'intervention du niveau de gouvernement le plus efficace⁷¹⁸. La subsidiarité en droit canadien, selon cette interprétation, ne permettrait donc pas l'intervention du niveau de gouvernement compétent le plus proche du citoyen. La Cour privilégie le critère de l'efficacité à celui de l'efficience; les moyens employés par un niveau de gouvernement pour atteindre un objectif important peu, seul est déterminante sa capacité à atteindre cet objectif.

L'efficacité semble donc, sur le plan théorique, déterminante dans la mise en œuvre de la subsidiarité. Pourtant les éléments examinés par les juges dépassent ce seul critère. Les juges souscrivant à l'opinion des juges LeBel et Deschamps vérifient si la question examinée dépasse les frontières de la province. Pour autant, est-il impossible que les provinces seules règlent une question ayant des

⁷¹⁷*Renvoi sur l'aéronautique* [1932] A.C. 54

Le fait que vingt ans plus tôt, dans le *Renvoi sur l'aéronautique* le Comité judiciaire du Conseil privé ait fondé la compétence fédérale dans ce domaine sur l'article 132 de la Loi constitutionnelle de 1867, qui l'autorise à légiférer pour mettre en œuvre les « traités d'empire » conclus par la Grande-Bretagne confirme l'idée que la position de la Cour se fonde sur des considérations pratiques. La première loi fédérale sur l'aéronautique était destinée à mettre en œuvre les obligations découlant d'une Convention internationale de 1919 dont l'empire britannique était partie. Le Comité judiciaire avait accessoirement invoqué les paragraphes 2, 5 et 7 de l'article 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 (les échanges et le commerce, le service postal et la défense) ainsi que le pouvoir général du Parlement canadien. L'article 132 ne s'appliquant pas au Canada souverain, il est devenu nécessaire de trouver un autre fondement à la compétence fédérale en matière d'aéronautique.

⁷¹⁸*Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, §69, 70, 183

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

effets transfrontaliers? Cette interprétation de la subsidiarité par les juges canadiens peut être rapprochée de celle de la Cour de justice en droit de l'Union Européenne, déduisant du caractère transfrontalier du marché intérieur la nécessité d'uniformité de la législation en la matière.

449. Par ailleurs, influencés sans doute par les premières interprétations de la théorie des dimensions nationales, les juges prennent soin de rappeler l'importance capitale de la question qu'ils entendent résoudre. Se référant aux conclusions de la commission Baird, ils soulignent « l'importance de la recherche, du développement et de l'utilisation des nouvelles techniques de reproduction pour l'ensemble de la société canadienne » . Il s'agit de « sauvegarder les intérêts individuels et collectifs » ⁷¹⁹. Pourtant, le caractère essentiel d'une question ne prouve en rien la moindre efficacité d'une intervention provinciale.

⁷¹⁹Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] CSC 61, § 204

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

450. L'article 5§3⁷²⁰ reconnaît que le principe de subsidiarité permet l'intervention de l'entité la plus efficace pour résoudre un problème. Par conséquent, l'incapacité des États à agir doit être évaluée de façon comparative et non absolue. Elle apparaît donc avérée dès lors que leur capacité à atteindre les objectifs de l'UE est moindre que celle de l'Union Européenne et ce même si elle n'est pas nulle. La Cour de justice, en assimilant le test d'efficacité comparative et le test de la valeur ajoutée, privilégie par conséquent l'efficacité à une interprétation stricte de la capacité d'action des États⁷²¹.

451. La jurisprudence de la Cour Suprême s'inscrit dans une optique similaire en droit canadien. Ainsi en est-il dans *Spratchey* : « ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire » ou dans le Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée⁷²². Les critères de l'arrêt *General Motors of Canada* et de l'intérêt national poursuivent également cet objectif d'efficacité et tendent à assimiler incapacité provinciale et plus grande efficacité fédérale. En effet, si une loi ne peut être adoptée par les provinces, conjointement ou séparément, le fédéral est nécessairement plus efficace dans le domaine de cette loi. De l'incapacité Provinciale à adopter une loi découle nécessairement le caractère préjudiciable de l'abstention d'une province. Si un objectif ne peut être atteint par une Province, les autres provinces pâtiront nécessairement du fait que cet objectif n'ait pas été atteint. Si ces deux critères sont distingués dans le

⁷²⁰ Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, p. 1 à 388, art.5

Nous avons montré en première partie que deux conceptions de la subsidiarité s'affrontaient. Selon une première conception, l'intervention de « l'entité englobante » serait limitée aux hypothèses d'incapacité des entités englobées, l'autre conception implique une intervention de « l'entité englobante » dès lors que son intervention serait plus efficace. Comme nous, l'article 3B tranche en faveur du second critère.

⁷²¹ *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01

La Cour fusionne les deux critères de la plus-value européenne et de l'insuffisance de l'exercice de la compétence nationale. L'action européenne étant plus efficace, l'action étatique est nécessairement insuffisante; il devient donc superflu d'examiner son efficacité.

⁷²² Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

Derrière ce principe se profile l'idée que le gouvernement le plus proche des administrés dans un domaine est le plus apte à y exercer son pouvoir.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

test de l'arrêt *General Motors of Canada*, ils sont assimilés dans le test de l'intérêt national⁷²³. Les critères de GMC ne peuvent être conçus de façon étanche⁷²⁴. Dans une perspective similaire, la Cour de justice reconnaît la compétence de l'Union Européenne lorsque l'absence d'intervention de cette dernière pourrait créer des effets de distorsion⁷²⁵.

452. Plus encore que la nature du lien entre efficacité et capacité à agir, la question des critères d'évaluation de la capacité à agir pose davantage de problèmes. La Cour de justice pourrait s'inspirer de la Cour suprême pour confirmer le caractère non décisif du caractère transfrontalier d'un sujet dans l'évaluation de la capacité à agir d'une part et le caractère abstrait de l'évaluation de la capacité à agir d'autre part.

453. La question se pose en droit de l'Union Européenne comme en droit canadien de savoir dans quelle mesure le caractère transnational ou transfrontalier d'un sujet prouve la plus grande efficacité de l'intervention de l'Union Européenne. Dans le Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée, alors que certains juges avaient invoqué ce caractère, la Cour suprême confirme qu'il n'est pas déterminant. La Cour de justice s'y réfère souvent comme indice de l'incapacité étatique. L'avocat général dans l'affaire *Luxembourg c Conseil* ou la Cour dans *Commission / Allemagne*⁷²⁶, mentionnent ainsi le caractère transnational du trafic aérien comme indice de la réglementation communautaire⁷²⁷. C'est également le cas en matière de marché commun où la

⁷²³La Cour reconnaît l'incapacité des provinces dès lors que l'omission d'une province de s'occuper efficacement des aspects intra-provinciaux d'une question pourrait affecter l'ensemble du pays

⁷²⁴*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 49

Ces indices ne constituent pas cependant une liste exhaustive de caractéristiques qui tendent à caractériser une loi générale en matière d'échanges et de commerce. La présence ou l'absence de l'un de ces cinq critères n'est pas non plus nécessairement concluante.

⁷²⁵*Fundación Gala-Salvador Dalí et VEGAP*, Affaire C-518/08, 15 avril 2010

British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

⁷²⁶*Commission / Allemagne*, Affaire C-539/09, 15 novembre 2011, 48. Un contrôle des situations transfrontalières visées par le règlement n°1798/2003 pourrait en effet aisément intervenir au moyen d'une action commune de ces dernières.

⁷²⁷Dans *Vodafone* au contraire, le caractère transnational de l'activité est proposé comme une preuve par l'avocat général.

Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010 : « 33. L'argument décisif découle toutefois de la nature transfrontalière de l'activité économique qu'il s'agit de réglementer. »

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Cour fonde la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne sur l'opportunité de mettre en place un régime uniforme.

Il suffit à la Cour d'établir qu'une divergence nationale constituerait une insuffisance étatique. La Cour associe la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne à l'uniformité de l'intervention; or l'Union est nécessairement mieux à même d'assurer l'uniformité du droit. En d'autres termes, « il suffit de constater vouloir faire ce qui est permis par une base juridique pour pouvoir le faire conformément au principe de subsidiarité⁷²⁸ ». Ce raisonnement permet à la Cour de reconnaître de façon quasi-systématique la compétence de l'Union.

454. Au Canada comme dans l'Union Européenne, la nécessité d'une action commune peut découler d'un critère spatial, la dimension transfrontalière d'un sujet mais aussi d'un critère temporel. La législation de l'Union Européenne semble indiquer que la nécessité d'une intervention diligente caractérise l'incapacité étatique, de façon comparable à la théorie de l'urgence en droit canadien.

455. Alors qu'une évaluation abstraite, normalement plus stable, est privilégiée⁷²⁹ en droit canadien, la Cour de justice se détache parfois d'une conception purement abstraite de la capacité à agir. C'est le cas lorsqu'elle considère dans *British American Tobacco Product* qu'une nouvelle intervention du législateur de l'Union Européenne en vue d'harmoniser les législations ne résulte pas nécessairement de découvertes scientifiques mais pourrait aussi résulter d'évolutions politiques⁷³⁰. Elle revient au contraire sur une conception plus abstraite de la capacité à agir dans *Luxembourg c. Conseil*, lorsqu'elle écarte l'analogie proposée par le Luxembourg⁷³¹. La Cour de justice, se contente le plus souvent de se référer au texte de la norme pour y reconnaître la justification de

Et plus loin : « On ne doit pas non plus négliger le fait que le trafic aérien est, par sa nature même, une activité largement transnationale et que, en général, elle se prête donc peu à être réglementée au niveau de chaque État membre ».

⁷²⁸Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 p.

⁷²⁹*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641

⁷³⁰*British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

80 Au demeurant, l'évolution des connaissances scientifiques n'est pas le seul motif pour lequel le législateur de l'Union Européenne peut décider d'adapter la législation de l'Union Européenne puisqu'il lui appartient, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont il dispose en la matière, de tenir compte également d'autres considérations, telles que l'importance accrue accordée au plan politique et social à la lutte contre le tabagisme.

⁷³¹*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'intervention communautaire. Pourtant, le texte d'une norme ne peut prendre en compte une évaluation concrète de la capacité à agir des États membres puisque cette dernière évolue dans le temps. La référence à la justification du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union Européenne équivaut donc à un contrôle abstrait de ce principe. Ce critère est parfois soupçonné d'être dangereux pour l'équilibre des compétences. Il présente néanmoins le double avantage de permettre un partage des compétences efficace et stable.

Il est probable que le contrôle abstrait de la Cour suprême soit plus efficace que celui de la Cour de justice. En effet, la Cour suprême a recours à une argumentation approfondie pour rechercher si l'abstention des provinces pourrait potentiellement nuire à la poursuite efficace de l'objectif poursuivi. Il est en revanche probable que la Cour de justice hésite à censurer une norme qui soit faiblement justifiée. Elle interprète l'argumentation des parties avec beaucoup de liberté⁷³² et ne recherche pas d'éléments de preuve au-delà de cette argumentation⁷³³. Par ailleurs, la Cour de justice assimile régulièrement le test de l'efficacité comparative et celui de la valeur ajoutée. L'argumentation de la Cour en restant laconique, rend ce test défaillant. En effet, la Cour ne prend parfois en compte que l'efficacité de l'action de l'Union Européenne.

456. De façon plus générale, l'analyse de ces interprétations de la capacité à agir montre que les Cours ne sont pas tant influencées par ces enjeux structurels proto-fédéraux que par la tension entre des enjeux beaucoup plus concrets: bon fonctionnement du marché commun et protection de la santé publique par exemple. Le raisonnement du juge est circulaire. Le libre marché en est emblématique. L'objectif de l'acte est le bon fonctionnement du marché intérieur ; or, une action au niveau national laisse inévitablement persister des différences entre les législations nationales ; donc, une action au niveau européen est nécessaire.

La référence à la jurisprudence ou à l'intention du législateur ne suffit que rarement à déterminer la solution d'un litige. Les dissidences en droit canadien et les lacunes des analogies entre les décisions opérées par les Cours semblent indiquer que l'identification de l'objectif poursuivi par une norme relève largement d'une dynamique où ces Cours ont recours à des arguments principalement extra-juridiques pour étayer leurs conclusions. Il semble incontournable de prendre en compte des éléments extra-juridiques pour interpréter la subsidiarité dans la mesure où elle comporte des limites structurelles. Nous avons relevé en première partie que le principe de subsidiarité, ambivalent, poursuivait des objectifs parfois contradictoires. Cette remarque n'était pas péjorative : ainsi permet-il par exemple de concilier pluralisme et efficacité.

⁷³² *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

⁷³³ *Commission / Allemagne*, Affaire C-518/07, 09 Mars 2010

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Nous observerons que ce n'est pas tant l'application du critère de la capacité à agir qui suscite les divergences d'interprétation de la subsidiarité que l'étendue de l'intervention de chaque niveau de pouvoir

.

CHAPITRE 2. LA LIMITE TENUE ENTRE SUBSIDIARITE ET PROPORTIONNALITE

457. La Cour de justice de l'Union Européenne opère parfois une confusion entre le principe de subsidiarité et celui de proportionnalité. Le principe de proportionnalité n'est pas explicitement mentionné en droit canadien. Néanmoins, la Cour Suprême se retrouve confrontée à une problématique similaire lorsqu'elle doit se prononcer sur la coordination des interventions fédérales et provinciales. Ces deux principes ne peuvent être séparés de façon étanche puisque l'évaluation de l'efficacité des niveaux de gouvernement renvoie aux moyens d'actions dont ils disposent.

La question de la nécessité de l'intervention de « l'entité englobante » est, par conséquent, souvent assimilée à celle de l'étendue de son intervention (section 2). La jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour suprême rappellent que la distinction entre la nécessité de l'intervention de « l'entité englobante » et de l'étendue de son intervention, quoique subtile, demeure possible (section 1).

SECTION 1. LA DISTINCTION ENTRE SUBSIDIARITE ET PROPORTIONNALITE

458. Une évaluation distincte de ces deux principes favorise le respect de la subsidiarité

En droit de l'Union Européenne, le principe de subsidiarité conditionne le déclenchement de l'intervention de l'Union Européenne et le principe de proportionnalité détermine l'étendue de cette intervention (§1). Le test posé en droit canadien dans l'arrêt *General Motors of Canada* remplit ces fonctions (§2).

§1. La distinction entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne

459. Que ce soit dans le domaine du marché commun, ou des relations de travail, la Cour de justice revient régulièrement sur la distinction entre subsidiarité et proportionnalité, distinction explicitée par le protocole relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Dans *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, après avoir reconnu que l'objectif de l'action pouvait être mieux réalisé au niveau de l'Union Européenne⁷³⁴, la Cour affirme que l'intensité de l'action n'a pas « excédé la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser⁷³⁵ ». Le contrôle de la subsidiarité et de la proportionnalité apparaît également inversé dans l'affaire Vodafone⁷³⁶.

Dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne*⁷³⁷, la Cour et l'avocat général rappellent de façon plus explicite la distinction entre principe de subsidiarité et principe de proportionnalité, distinction que le requérant aurait méconnue « Une certaine confusion a en effet été opérée par le requérant, qui a régulièrement invoqué au cours de la procédure le principe de subsidiarité — sans toutefois le solliciter en tant que moyen d'annulation, semblant l'assimiler à celui de proportionnalité⁷³⁸ ». L'avocat général rappelle que « les deux principes interviennent successivement, à deux niveaux différents de l'action de l'Union Européenne⁷³⁹ et que « le principe de subsidiarité intervient en amont

⁷³⁴British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

183 Il s'ensuit que, dans le cas de la directive, l'objectif de l'action envisagée pouvait

être mieux réalisé au niveau de l'Union Européenne.

⁷³⁵British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §184

Division de la Presse et de l'Information, INFORMATION POUR LA PRESSE N. 57/02

25 juin 2002, British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, le 2 juillet 2002 à 9 h 30

⁷³⁶ Valérie MICHEL, « Téléphonie mobile : harmonisation du prix des services d'itinérance », Jurisclasseur Europe, n8-9, Août Septembre 2010, 1168-8384, commentaire 262

⁷³⁷*Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:NOT>, (consulté le 23 novembre 2013), point 47, 55, 124 à 127

⁷³⁸Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 12 mars 1996. - *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996, §124, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:NOT>, (consulté le 23 novembre 2013)

⁷³⁹Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 12 mars 1996 126 « (...)Le premier conditionne le déclenchement d'une action de la Communauté tandis que le second délimite son ampleur. On assiste ainsi à une dissociation de

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

de l'action de l'Union Européenne, celui de proportionnalité intervenant en aval de cette action: « Le principe de proportionnalité [...] est pris en considération par rapport à une action déjà entreprise [...] et a pour but de réaliser un contrôle de conformité avec les objectifs du traité » ⁷⁴⁰.

Dans *Commission/Allemagne*⁷⁴¹, le contrôle de la Cour porte principalement sur la proportionnalité de l'action de l'Union Européenne. Elle considère, réfutant ainsi l'argumentation de l'Allemagne, que l'article 28, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 95/46 « n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité CE » ⁷⁴².

Une logique similaire à celle du principe de proportionnalité est à l'œuvre en droit canadien.

§2. La complémentarité des interventions fédérales et provinciales en droit canadien

460. La reconnaissance d'une complémentarité des interventions provinciales et fédérales(A) amène à s'interroger sur l'étendue de chacune. Le test de GMC permet cela, dans une dynamique de proportionnalité(B).

A. La reconnaissance d'une complémentarité des interventions provinciales et fédérales

461. Dans le Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières, la Cour, en appliquant le quatrième et le cinquième critère de GMC, prend en compte l'étendue de l'intervention fédérale. Quoique la Cour reconnaisse une compétence fédérale pour intervenir dans le domaine des valeurs mobilières, elle contrôle cette intervention pour assurer une complémentarité des interventions provinciales et fédérales.

De façon comparable à la distinction entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne, la Cour s'interroge sur la nécessité d'une intervention fédérale puis sur l'étendue de son action. En effet, elle considère que le Parlement a excédé ses compétences dans la mesure où la « loi qu'il propose excède nettement ces matières présentant un intérêt et des enjeux

la question de la compétence et de celle de sa mise en œuvre (...) Le principe de subsidiarité intervient à un moment antérieur, à savoir quant à la décision de mettre en œuvre ou non une action au niveau de l'Union Européenne » .

⁷⁴⁰ D.R., « Compétences communautaires » , Jurisclasseur Europe, n1 Janvier 1997, commentaire 1, p. 7.

⁷⁴¹Commission / Allemagne, Affaire C-518/07, 09 Mars 2010

⁷⁴²Commission / Allemagne, Affaire C-518/07, 09 Mars 2010, §55

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

manifestement nationaux. Elle se préoccupe de la réglementation de tous les aspects des valeurs mobilières dans leurs moindres détails⁷⁴³ ». La Cour prend en compte les moyens mis en œuvre par rapport au but visés : « aussi importants soient-ils, la préservation des marchés des capitaux et le maintien de la stabilité financière du Canada ne justifient pas la supplantation intégrale de la réglementation du secteur des valeurs mobilières, résultat auquel mènerait, en définitive, la loi fédérale proposée »⁷⁴⁴.

462. La volonté des juges d'assurer l'équilibre du système contribue à déterminer l'issue du Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières⁷⁴⁵. Équilibre des compétences et capacité à agir sont évalués conjointement. La Cour suprême se réfère en particulier au principe de fédéralisme⁷⁴⁶. La codétermination joue un rôle majeur dans son interprétation de principes constitutionnels. Elle se réfère à sa jurisprudence⁷⁴⁷, raisonnant par analogie ou a contrario.

463. Alors que le gouvernement fédéral considérait que le marché des valeurs mobilières, à l'origine de dimension locale, avait évolué au Canada et à l'international au point de devenir une matière pouvant être rattachée à l'article 91(2), la Cour estima que l'adoption par le fédéral d'un régime complet sur ce marché ne se justifiait pas.

En se prononçant ainsi, la Cour met en application le principe du fédéralisme. Selon le Parlement, la liberté des provinces d'adhérer au régime fédéral garantissait le respect de leurs compétences. La Cour se montre plus exigeante, elle considère que les compétences fédérales et provinciales doivent s'interpréter et se définir de manière « coordonnée » et non « subordonnée »⁷⁴⁸. La Cour se réfère à sa propre jurisprudence pour rappeler l'importance des principes de diversité et de démocratie de proximité dans le fédéralisme canadien : « La structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité⁷⁴⁹ ».

464. L'application des quatrième et cinquième critères du test de GMC dans le Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières, pour évaluer la capacité à

⁷⁴³Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §122

⁷⁴⁴Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §128

⁷⁴⁵Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837

⁷⁴⁶Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §54

⁷⁴⁷Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §71 a 90

⁷⁴⁸Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, n. 66.

⁷⁴⁹Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §66, 78, 85

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

agir provinciale, relève d'une dynamique de proportionnalité. En effet, le critère de la capacité à agir ne suffit pas à la reconnaissance de la compétence fédérale.

Dans le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, la Cour semble déduire des quatrièmes et cinquièmes critères de l'arrêt *General Motors of Canada* l'incapacité provinciale. Elle considère cependant que le Parlement aurait outrepassé son domaine de compétences et se fonde en particulier sur le défaut de preuves avancé par le Parlement pour sanctionner son intervention.

465. Selon le quatrième critère, il s'agit d'établir si les Provinces, de concert, peuvent établir un régime analogue à celui du fédéral. Les Provinces contestant la validité de la Loi estiment qu'il « ne fait aucun doute que les provinces disposent du pouvoir constitutionnel d'édicter des lois uniformes portant sur la plupart des matières administratives prévues dans la Loi ». La Cour, au contraire, rappelle « qu'un principe de droit constitutionnel interdit au Parlement et aux législatures d'entraver, par une loi ordinaire, l'exercice futur de leur pouvoir de légiférer⁷⁵⁰ » et que « les provinces sont libres de choisir leurs propres approches en vue de réaliser leurs propres priorités en matière sociale ou économique » pour montrer l'incapacité provinciale : « les provinces, agissant de concert, sont dépourvues de la capacité constitutionnelle de maintenir un régime national viable visant à atteindre des objectifs véritablement nationaux telles l'atténuation des risques systémiques ou la collecte de données à l'échelle nationale⁷⁵¹ ».

466. Au terme du cinquième critère, il s'agit de rechercher si la non-adhésion d'une province au régime entraverait le fonctionnement du système. La Cour reconnaît que la non-adhésion d'une province entraverait la poursuite d'« objectifs véritablement nationaux, visant à favoriser des marchés équitables, efficaces et compétitifs et à assurer l'intégrité et la stabilité du système financier canadien, notamment par la collecte de données, la prévention des risques systémiques et l'intervention en cas de besoin ⁷⁵²».

L'application de ces critères dans le Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilière montre que la plus grande efficacité fédérale ne confère pas au Parlement un pouvoir d'intervention illimité.

B. L'évaluation dynamique de l'intégration d'une disposition à la norme

467. En droit canadien, le degré d'empiètement fédéral sur les compétences provinciales admissible dépend de l'intégration fonctionnelle de la

⁷⁵⁰Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §119

⁷⁵¹Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §121

⁷⁵²Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837, §123

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

disposition fédérale attaquée à l'ensemble législatif valide dans lequel elle s'insère. En droit de l'Union Européenne le contrôle de la proportionnalité doit être postérieur à celui de subsidiarité. De même, en droit canadien, l'évaluation de l'étendue de l'empiètement de la disposition contestée sur le droit provincial et de son intégration fonctionnelle à une loi n'est-elle possible qu'une fois démontrée la validité de cette loi dans sa globalité.

Le test posé par la Cour suprême dans GMC (1) puis appliqué dans l'arrêt Lacombe (2) permet d'évaluer la validité d'une disposition fédérale empiétant sur le droit provincial mais fonctionnellement liée à un régime réglementaire fédéral constitutionnellement valide.

1. L'évaluation de l'étendue de l'empiètement des compétences fédérales sur les compétences provinciales

468. Il s'agit pour la Cour dans GMC de concilier deux « clauses générales de compétences », la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils et la compétence fédérale sur la réglementation des échanges et du commerce.

Le maintien de l'équilibre fédératif nécessite une évaluation dynamique de l'intégration de la disposition attaquée à la loi dans laquelle elle s'insère; le lien entre la disposition attaquée et le système législatif dans laquelle il s'inscrit dépend de l'étendue de l'empiètement des compétences fédérales sur les compétences provinciales. Toujours dans la poursuite d'un objectif dynamique de prévisibilité du droit, la Cour se réfère à la jurisprudence *Vapor Canada* pour définir les modalités d'évaluation de l'intégration de la disposition contestée à un ensemble législatif. Tout en appliquant les critères de *Vapor Canada* à GMC, la Cour opère une distinction entre les deux affaires, ce qui lui permet d'interpréter le test sous un jour plus dynamique.

469. La majorité, par le test de GMC, permet la complémentarité des compétences. La Cour rappelle que le maintien de l'équilibre fédératif des compétences n'empêche nullement l'impact inéluctable de l'intervention de chaque niveau de gouvernement sur le domaine de compétence de l'autre⁷⁵³. En particulier, la reconnaissance de compétence au Parlement fédéral dans le domaine de la concurrence n'exclut nullement une intervention provinciale dans

⁷⁵³General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, VIII

En déterminant le critère approprié, il faut se rappeler que, dans un régime fédéral, il est certain que, dans la poursuite d'objectifs réguliers, la mesure législative de chaque palier de gouvernement aura parfois des répercussions sur le domaine de compétence d'un autre palier du gouvernement; il faut s'attendre à ce qu'il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s'y adapter dans un État fédéral. (...)

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

le même domaine⁷⁵⁴. La concurrence est en effet un sujet complexe pouvant être relié à des compétences fédérales et provinciales.

470. La Cour se réfère à l'équilibre des pouvoirs constitutionnels. Elle considère que des pouvoirs comme « les échanges et le commerce, sont généraux et donc peu susceptibles de donner lieu à des dispositions très envahissantes⁷⁵⁵ ». Par ailleurs, la Cour mentionne une jurisprudence où elle s'est référée à l'équilibre constitutionnel pour reconnaître l'existence de compétences fédérales autonomes en matière d'échanges et de commerce⁷⁵⁶. Pour montrer que l'équilibre fédératif est préservé, la Cour rappelle qu'il appartient à chacun des deux pouvoirs de « toucher » aux compétences de l'autre⁷⁵⁷. La Cour propose un test dans le but d'assurer le respect de cet équilibre fédératif⁷⁵⁸.

⁷⁵⁴General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, Nous tenons à bien préciser que, en recommandant de vérifier cette hypothèse, nous ne voulons aucunement laisser entendre que le gouvernement fédéral devrait réclamer pour lui seul l'autorité en matière de politique de concurrence sur le plan du droit civil, ni que seul le gouvernement fédéral a la compétence nécessaire pour administrer la politique de concurrence au Canada. (...)

⁷⁵⁵General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, Je tiens à souligner qu'on ne doit pas considérer que ces remarques ont pour effet de modifier l'équilibre des pouvoirs constitutionnels. Les gouvernements fédéral et provinciaux partagent la même capacité de légiférer de façons qui peuvent accessoirement toucher au domaine de compétence de l'autre. Je cite encore une fois le professeur Hogg, à la p. 336, où il dit: [TRADUCTION] « Je pense qu'il est évident tant en principe que selon la jurisprudence que les pouvoirs énumérés des provinces sont susceptibles, exactement de la même façon que les pouvoirs énumérés du fédéral, de « toucher » à des matières qui relèvent de l'autre palier de gouvernement. »

⁷⁵⁶General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641À la lecture des arrêts où le§91(2) a été examiné, il devient clair que les tribunaux ont été sensibles au besoin de concilier la compétence générale en matière d'échanges et de commerce que possède le gouvernement fédéral avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Il n'a pas été facile d'établir l'équilibre.

⁷⁵⁷General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

⁷⁵⁸General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, Juge en chef, § IV,

En parvenant à la conclusion que l'al. 32(1)c) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions relevait de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce, j'ai adopté, au nom de la Cour à la minorité, les trois critères formulés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt Vapor Canada, précité, mais j'ai

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Selon l'arrêt *Vapor Canada*, pour déterminer la validité d'une disposition, il s'agit de rechercher si elle s'inscrit dans un système général de réglementation.

La Cour considère en effet que pour établir si l'empiètement d'une disposition d'une réglementation fédérale sur la compétence provinciale rompt l'équilibre fédératif des compétences, il devra être interprété en fonction du degré d'intégration de cette disposition dans la loi dans lequel elle s'insère⁷⁵⁹. La Cour a montré dans *Vapor Canada* que dans le cadre de la compétence fédérale en matière d'échange et de commerce, cette loi contient généralement un système de réglementation⁷⁶⁰.

471. La Cour explique que les lois fédérales en matière d'échange et de commerce contiennent généralement un système général de réglementation⁷⁶¹. Elle rappelle qu'il ne suffit pas qu'une disposition soit insérée dans une loi valide, comportant un système de réglementation établi en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce pour être valide : « Il est évident au départ qu'une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide » . Il s'agit d'abord d'examiner la constitutionnalité de la disposition envisagée isolément, à moins qu'elle ne fasse partie d'un système de réglementation⁷⁶². Si tel est le cas, il s'agit d'examiner le

ajouté deux facteurs que j'estimais être des indices d'un exercice valide de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce(...)

⁷⁵⁹General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641 Je souligne que, dans certains cas, il est possible de passer outre à certaines étapes déjà mentionnées si une réponse claire à l'une d'entre elles décide du litige. Par exemple, si la disposition en question n'a aucun rapport avec le système de réglementation, il est alors possible de décider rapidement de sa validité en fonction de ce seul moyen. La méthode retenue dans un certain nombre de décisions antérieures se comprend plus facilement si cette possibilité est admise. Cf. aussi Québec (Procureur général) c. Lacombe, [2010] CSC 38.

⁷⁶⁰General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

L'objectif est simplement de déterminer dans quelle mesure on peut affirmer que la disposition empiète sur les pouvoirs provinciaux afin d'évaluer cet empiètement en regard des justifications possibles de l'article.

Une telle justification va ressortir du rapport entre la disposition contestée et la loi valide. L'étape suivante du processus consiste à vérifier l'existence d'une loi valide (...).

⁷⁶¹General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

⁷⁶²General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

Il est évident au départ qu'une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide, même si cette loi comporte un système de réglementation établi en vertu de la compétence générale en matière d'échanges et de commerce que confère le par. 91(2).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

rapport entre « la loi valide » et la disposition contestée⁷⁶³. La Cour interprète d'ores et déjà ce rapport en fonction de l'empiètement de la disposition sur les compétences provinciales, comme elle le fera plus tard dans l'arrêt *General Motors of Canada*⁷⁶⁴.

La Cour, pour évaluer la validité de l'intervention fédérale, reprend les critères posés par *Vapor Canada*(a) mais opère cependant une distinction entre les deux affaires(b).

a. La reprise des critères de Vapor Canada

472. Après avoir examiné l'étendue de l'empiètement de l'article 31.1 de la loi relative aux enquêtes sur les coalitions sur les compétences provinciales, la Cour recherche si elle appartient à une loi formant un système de réglementation puis se prononce sur le lien entre la disposition contestée et la loi à laquelle elle appartient. Nous étudierons ici l'évaluation par la Cour de l'empiètement et du lien entre les deux lois. Ce test dynamique permet, dans un esprit de proportionnalité, d'assurer une efficacité législative maximum tout en réduisant au minimum l'empiètement d'une loi sur un autre domaine de compétence.

473. La Cour applique d'abord la première étape du test : l'empiètement de l'article 31.1 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sur les compétences provinciales

La Cour reconnaît l'existence d'un empiètement de l'article 31.1 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sur les compétences provinciales⁷⁶⁵. Elle se réfère au contenu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions⁷⁶⁶ de la Constitution

⁷⁶³General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

La dernière question est de savoir si la disposition peut être justifiée du point de vue constitutionnel en raison de son rapport avec la loi valide (...).

⁷⁶⁴General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

⁷⁶⁵General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641VI

L'article 31.1 empiète-t-il sur les pouvoirs des provinces?

La première étape de l'examen de la validité de l'art. 31.1 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions consiste donc à déterminer si on peut considérer que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs des provinces et, dans l'affirmative, dans quelle mesure(...).

⁷⁶⁶General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Cependant, en évaluant la gravité de cet empiètement, il faut tenir compte de trois faits. Le premier est que l'art. 31.1 n'est qu'une disposition réparatrice; son objet est de faciliter l'exécution des aspects fondamentaux de la Loi, tout en ne constituant pas en soi une partie fondamentale de la Loi. De par leur nature, les dispositions réparatrices sont habituellement moins envahissantes en ce qui concerne les pouvoirs des provinces. Le deuxième fait important est la portée

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

pour évaluer la gravité de l'empiètement de l'article 31.1⁷⁶⁷. Elle se réfère également au contenu de l'article 31.1⁷⁶⁸.

474. La Cour examine ensuite le lien entre la disposition contestée et le système législatif la contenant. La Cour considère que l'empiètement sur les compétences provinciales étant minime, le lien entre la disposition attaquée et le système législatif dans lequel elle s'inscrit ne doit être que fonctionnel⁷⁶⁹, opinion que ne partage pas l'appelante⁷⁷⁰. La Cour utilise une interprétation téléologique de la disposition attaquée pour montrer l'existence d'un tel lien. Elle observe d'une part que les dispositions attaquées, considérées isolément, n'ont pas de sens « l'art. 31.1 est intimement lié à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, il n'a de sens que par rapport aux autres dispositions de la Loi et n'a pas de contenu indépendant » et d'autre part, qu'elles poursuivent le même objectif que la loi » . L'article 31.1 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est également fondamentalement intégré à l'objet et à la philosophie sous-jacente de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions⁷⁷¹ » . La Cour se réfère également à l'opinion du conseil économique, consulté au moment de

restreinte du droit d'action. L'article 31.1 ne crée pas un droit d'action général; son application est soigneusement restreinte par les dispositions de la Loi.

⁷⁶⁷General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Le troisième fait pertinent est qu'il est bien reconnu que la Constitution n'empêche pas le gouvernement fédéral de créer des droits d'action de nature civile lorsque l'on peut démontrer que ces mesures sont justifiées. Cette Cour a confirmé des droits d'action de nature civile créés par le fédéral dans des contextes variés(...)

⁷⁶⁸General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

⁷⁶⁹General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641.

IX(...)Comme je l'ai déjà souligné, le seul fait d'être incluse dans un système législatif valide ne confère pas en soi la constitutionnalité à une disposition particulière. La disposition doit être suffisamment reliée à ce système pour être justifiée sur le plan constitutionnel. Le degré du rapport requis est fonction de la mesure dans laquelle la disposition empiète sur les pouvoirs des provinces.(...)

⁷⁷⁰General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

IX(...)Cela me semble répondre aux arguments de l'appelante portant que l'art. 31.1 ne sert aucun intérêt public mais seulement les intérêts privés du demandeur et que la Loi peut s'appliquer adéquatement sans l'inclusion d'un droit d'action de nature privée.

⁷⁷¹General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, §IX

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'insertion de l'article contesté. Le Conseil économique lui-même se fondant sur l'exemple américain⁷⁷².

b. La distinction entre GMC et le précédent Vapor Canada par la majorité

475. Alors que l'appelante considère que l'arrêt *Vapor Canada*, portant sur l'al. 7^e) de la Loi sur les marques de commerce, peut être appliqué à l'espèce⁷⁷³, la majorité établit une distinction entre ce précédent et le problème posé et le problème auquel la Cour doit répondre⁷⁷⁴. La distinction entre les lois opérée par la Cour se fonde sur trois motifs ; d'abord, le lien entre la disposition contestée et la loi dans laquelle elle s'insère⁷⁷⁵, ensuite l'étendue de l'empiètement sur les compétences provinciales⁷⁷⁶ et enfin l'insertion de la disposition contestée dans un système valide de réglementation nationale⁷⁷⁷. Ce test permet de déterminer comment sont évalués conjointement la nécessité d'une disposition contestée et les dangers d'un empiètement de cette disposition sur les compétences de l'autre ordre législatif. Ce lien dynamique est ainsi comparable au test de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne⁷⁷⁸.

⁷⁷²General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 64, §IX

⁷⁷³General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

L'appelante invoque l'extrait suivant des motifs du juge en chef Laskin qu'elle estime décisif quant à la constitutionnalité de l'art. 31.1 (à la p. 165).

⁷⁷⁴General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Je ne puis accepter que ce passage implique que l'art. 31.1 n'est pas une disposition législative relative aux échanges et au commerce. Deux traits importants distinguent l'art. 31.1 de l'al. 7e) de la Loi sur les marques de commerce.

⁷⁷⁵General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Premièrement, l'al. 7e) n'avait aucun lien avec les pratiques commerciales, ni avec les marques de commerce. (...)

⁷⁷⁶General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Deuxièmement, l'al. 7e) de la Loi sur les marques de commerce établissait un droit d'action très large et indéfini pour tout acte visé par l'expression ambiguë « contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada ». L'article 31.1 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions est nettement restreint à des dispositions précises qui se retrouvent ailleurs dans la Loi.

⁷⁷⁷General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

⁷⁷⁸ Cf. précédemment test de la valeur ajoutée et test de l'efficacité comparative.

L'évaluation de la subsidiarité implique une évaluation partielle de la proportionnalité.

2. La confirmation d'une interprétation dynamique de l'intégration fonctionnelle de la disposition contestée à la loi

476. Dans la décision *Lacombe*, opinions majoritaires et dissidentes se réfèrent toutes deux au test posé par GMC, sans en tirer les mêmes conclusions. La dissidence reconnaît la compétence provinciale en l'espèce.

Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Lacombe*⁷⁷⁹, l'application du critère dynamique de GMC est invoquée par la juge Deschamps, pour prouver le caractère *intra vires* de la législation provinciale.

La juge Deschamps, rappelle qu'il ne suffit pas de rechercher si des dispositions législatives contestées, considérées isolément, se rapprochent du partage des compétences législatives pour évaluer leur constitutionnalité. Lorsque des dispositions particulières sont contestées, il s'agit de considérer leur intégration à la loi⁷⁸⁰. La jurisprudence, a, selon la juge Deschamps, d'abord « hésité entre deux critères d'intégration statiques (...) (avant) d'intégrer les deux notions au sein d'un seul et même critère dynamique⁷⁸¹ ». L'application de ce critère d'intégration au cas d'espèce se rapproche du principe de subsidiarité dans la mesure où la compétence fédérale en matière d'aéronautique est fondée sur la compétence du fédéral en matière de Paix, l'Ordre et le Bon Gouvernement. La Cour considère que « si le débordement de compétence de l'ordre qui adopte les normes est mineur, une simple intégration fonctionnelle des normes à une loi valide suffira. « Si le débordement est majeur, c'est alors un lien de nécessité avec une telle loi qui sera requis pour que le tribunal puisse conclure à la validité des dispositions en question ». L'évaluation de l'empiètement sur les compétences de l'autre niveau de gouvernement peut être comparée à l'évaluation de la proportionnalité de l'action de l'Union Européenne. L'évaluation de la nécessité ou fonctionnalité de la disposition attaquée peut

⁷⁷⁹Québec (Procureur général) c. Lacombe, 2010 CSC 38.

⁷⁸⁰Québec (Procureur général) c. Lacombe, 2010 CSC 38, §102

⁷⁸¹Québec (Procureur général) c. Lacombe, 2010 CSC 38. [103] Après avoir hésité entre deux critères d'intégration statiques, c'est-à-dire entre un critère plus exigeant de nécessité et un autre plus souple de simple fonctionnalité, la jurisprudence a finalement décidé d'aller au delà de cette opposition et d'intégrer les deux notions au sein d'un seul et même critère dynamique. Qu'il s'agisse de fonctionnalité ou de nécessité, le degré d'intégration exigé sera fonction du débordement que représentent les dispositions litigieuses. Si le débordement de compétence de l'ordre qui adopte les normes est mineur, une simple intégration fonctionnelle des normes à une loi valide suffira. Si le débordement est majeur, c'est alors un lien de nécessité avec une telle loi qui sera requis pour que le tribunal puisse conclure à la validité des dispositions en question. Cette solution dynamique, qui provient de l'arrêt *General Motors c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. §141.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

être, dans une certaine mesure, comparée à l'évaluation de la nécessité de l'intervention des institutions de l'Union Européenne en droit de l'Union Européenne. En effet, si la disposition est nécessaire à la pleine mise en œuvre de la loi, l'intervention du fédéral est nécessaire à la réalisation des objectifs fédéraux poursuivie par la loi⁷⁸².

477. La majorité ne reconnaît pas de lien fonctionnel entre les règlements 210 et 260 en l'espèce. Bien que cela ne soit pas déterminant dans l'issue du litige, le juge en chef se prononce sur les effets de l'application du test posé par la décision *General Motors of Canada*. Il évoque l'incertitude découlant d'une interprétation dynamique du lien exigé entre la disposition contestée et une norme valide⁷⁸³.

Alors que la Cour suprême, en dégagant un critère dynamique, a reconnu que la nécessité ou la fonctionnalité de la disposition fédérale et son débordement sur l'action provinciale devaient être considérés ensemble, la Cour de justice n'a pas explicitement reconnu de lien entre l'évaluation de la nécessité et la proportionnalité de l'action de l'Union Européenne⁷⁸⁴. Ce lien est pourtant fait lors du test d'efficacité comparative de l'action de l'Union Européenne. Tout comme le lien entre l'empiètement de la disposition contesté sur le droit provincial et son intégration à un ensemble législatif valide s'apprécie de façon dynamique en droit canadien, la possibilité pour l'Union Européenne d'utiliser certains instruments plutôt que d'autres dépend de l'objectif poursuivi selon le principe de proportionnalité.

La distinction entre subsidiarité et proportionnalité n'apparaît pas toujours clairement dans la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour Suprême.

SECTION 2. L'ASSIMILATION DE LA SUBSIDIARITE ET DE LA PROPORTIONNALITE

478. La subsidiarité est souvent réduite à une protection d'une marge de manœuvre pour les entités englobées (*sous-section 1*). En droit canadien, l'application du critère de l'unicité est susceptible de créer une confusion entre la question de la capacité à agir et l'étendue de l'intervention de l'État fédéral (*sous-section 2*).

⁷⁸³Québec (Procureur général) c. Lacombe, 2010 CSC 38. §42 à 45

⁷⁸⁴*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

Sous-section 1. La subsidiarité assimilée à la protection d'une marge de manœuvre pour les entités englobées

479. Une confusion de la subsidiarité et de la proportionnalité peut être observée en droit de l'Union Européenne (§1). Une confusion similaire peut être constatée en droit canadien (§2).

§1. La subsidiarité réduite à la protection des compétences étatiques

480. Alors que la subsidiarité nécessite une évaluation des moyens à la disposition des États pour atteindre un objectif, la Cour réduit la subsidiarité au respect d'une marge de manœuvre au bénéfice des États membres dans le domaine du marché commun, des relations de travail et de l'aéronautique.

La question de la proportionnalité de l'action de l'Union Européenne se pose explicitement dans *Alliance for Natural Health e.a et National Association of Health Stores e.a.* Selon les requérants, certaines dispositions de la directive enfreignent ce principe⁷⁸⁵.

La Cour considère la directive comme valide. Cependant, alors que l'objectif principal poursuivi par la Cour est l'harmonisation du marché commun, le contrôle du respect du principe de proportionnalité se fait à la lumière de l'objectif de protection de la santé publique⁷⁸⁶.

481. Le principe de proportionnalité ne peut être examiné qu'une fois la plus-value d'une intervention de l'Union Européenne établie, conformément au principe de subsidiarité. Cependant, la Cour de justice ne s'appuie pas sur une interprétation des textes, ni même sur une véritable interprétation pour établir l'utilité d'une intervention de l'Union Européenne, de bon fonctionnement du marché intérieur. La Cour ne précise pas en quoi les différences de législation pourraient induire des distorsions dans la concurrence.

L'évaluation de la proportionnalité dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne* assimile proportionnalité et respect des compétences étatiques. Cela découle sans doute de la limitation du contrôle de la Cour à l'erreur manifeste d'appréciation. La Cour tente de montrer que l'intervention de l'Union Européenne ne réduit pas excessivement les compétences nationales⁷⁸⁷.

⁷⁸⁵British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §109, 110

⁷⁸⁶British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §111

⁷⁸⁷Conclusions de l'avocat général Léger présentées le 12 mars 1996, §130, 131

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

De même, dans *Commission / Allemagne*, la Cour reconnaît l'importance de laisser aux Etats une large marge de manœuvre. Elle rejette l'essentiel d'un recours dirigé contre une directive, portant sur l'aménagement du temps de travail, en confirmant notamment l'ampleur du champ d'application de l'article 118 A du Traité qui permettait en l'espèce d'accueillir une directive sur l'aménagement du temps de travail.⁷⁸⁸ L'article 118A confère au Conseil la charge d'adopter des prescriptions minimales en matière de protection de la santé et de la sécurité au travail. Il a constaté la nécessité d'améliorer le niveau existant de protection, la réalisation de cet objectif impliquant une action d'envergure de l'Union Européenne, ce qui laisse aux Etats une grande latitude d'application⁷⁸⁹.

482. Dans l'arrêt *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*⁷⁹⁰, la Cour interprète le sens donné par le Grand-duc de Luxembourg au principe de subsidiarité dans son aspect de proportionnalité « (...) le Grand-Duché de Luxembourg entendait par subsidiarité « la marge d'action laissée aux États membres(...) »⁷⁹¹ ». La Cour montre ainsi son

⁷⁸⁸ Demande d'annulation de la directive n°93/104/CE du 23 novembre 1993 (JCP. 1994, éd.E, III, 66532), concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail avec pas moins de quatre moyens invoqués: base juridique erronée (Traité CE, art.118A), violation du principe de proportionnalité, détournement de pouvoir et violation de formes substantielles.cf aussi la demande d'annulation du 12 novembre 1996

La Cour a confirmé la justiciabilité du principe de subsidiarité dans ce domaine.

⁷⁸⁹ La CJ a néanmoins donné raison au RU concernant l'article 5 de la directive. Cet article, qui prévoit que le repos hebdomadaire doit en principe être donné le dimanche, est annulé, faute pour le Conseil d'expliquer en quoi le dimanche, comme jour de repos hebdomadaire, présenterait un lien plus important avec la santé et la sécurité des travailleurs qu'un autre jour de la semaine. Pareille condamnation, qui démontre que c'est disposition par disposition qu'est apprécié le bien-fondé de la base juridique d'une directive, ne devrait pas relancer le débat sur le travail le dimanche.

En droit canadien, un problème similaire s'était posé dans l'affaire *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*^{1985 CANLII 69}, [1985] 1 SCR 295 (24 April 1985), [Supreme Court](#)(Canada) , sans que la subsidiarité ne puisse être appliquée, la compétence étant exclusivement fédérale.

⁷⁹⁰ *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

⁷⁹¹ *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

§75 Le Parlement considère que la requête ne semble pas critiquer l'existence même de l'intervention du législateur de l'Union. Il serait donc difficile

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

souci de veiller au respect des compétences des États membres. Dans la seconde partie du paragraphe, la Cour fixe ses propres critères pour évaluer le respect du principe de subsidiarité ainsi interprété⁷⁹².

483. D'autre part, comme dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne*, mais sans se référer explicitement au principe de proportionnalité cette fois, la Cour se contente d'observer le respect des compétences étatiques. Si elle se limite dans son contrôle de la proportionnalité, la Cour observe tout de même que le législateur est « tenu de fonder son choix sur des critères objectifs » et qu'une étude d'impact de la Commission a envisagé les différentes façons d'atteindre les objectifs poursuivis avant l'adoption de la directive contestée⁷⁹³.

La question se pose donc de savoir si le sens donné au principe de subsidiarité par la Cour, marge de manœuvre accordée aux États membres, correspond effectivement aux revendications du Luxembourg. En effet, la Cour ne mentionne pas l'argumentation du Luxembourg pour étayer l'interprétation de la subsidiarité qu'elle lui prête. Par ailleurs, la Cour ne montre pas que les critères proposés suffisent à garantir aux États une marge de manœuvre aussi importante que le souhaiterait le Luxembourg.

484. L'argumentation de la Cour portant sur l'interprétation de la subsidiarité demeure lacunaire. La Cour semble interpréter la subsidiarité à la lumière d'un objectif systémique lorsqu'elle se réfère à la nécessité de laisser aux États une marge de manœuvre. Cependant, son interprétation réduit la marge de manœuvre des États. En effet, alors que le Luxembourg invoque le non-respect du principe de subsidiarité par la directive, la Cour reformule ce motif en non-respect de la marge de manœuvre des États. En l'interprétant ainsi, la Cour réduit considérablement sa portée. La nécessité de laisser aux États une marge de manœuvre découle du principe de proportionnalité, elle concerne l'étendue de l'action de l'Union Européenne. Or, l'examen du principe de proportionnalité ne doit avoir lieu selon les traités qu'une fois réalisé le contrôle du principe de subsidiarité. Autrement dit, la Cour se prononce sur la portée de la directive sans examiner sa nécessité. La Cour ne prouve en rien que le Luxembourg, par la référence à la subsidiarité, entendait préserver une « marge de manœuvre » au bénéfice des États membres.

§2. La subsidiarité réduite à la protection des compétences provinciales

d'appréhender sur quelle base une violation du principe de subsidiarité pourrait être fondée.

⁷⁹² *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §75

⁷⁹³ Marie MESTHER, « Transports aériens », *Jurisclasseur Europe*, n7 Juillet 2011, commentaire 257

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

485. Dans le *Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée*, la Cour prend en compte la nécessité d'assurer un équilibre entre les compétences fédérales et provinciales⁷⁹⁴.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rohstein⁷⁹⁵ cherchent à assurer la cohérence du droit, d'une part, en évitant les divergences entre des normes provinciales ou régionales et, d'autre part, en assurant un équilibre entre les pouvoirs. La *Loi sur la procréation assistée* serait justifiée car elle vise à éviter le morcellement du droit : « les conséquences éventuelles de l'absence de réglementation intra-provinciale pour les divers aspects des techniques de reproduction justifient l'adoption de mesures législatives uniformes au niveau national plutôt que des mesures provinciales ou régionales susceptibles de différer les unes des autres⁷⁹⁶. » Elle est « la seule façon d'éviter la désarticulation de la réglementation⁷⁹⁷ ».

486. Plus loin dans la décision, les mêmes juges rappellent la nécessité de maintenir un équilibre entre les pouvoirs des sphères fédérale et provinciales : « Les matières énumérées à la liste des compétences fédérales et provinciales représentent un cadre d'organisation des pouvoirs constitutionnels destiné à établir un régime fédéral et à permettre son développement dans le respect de ses structures fondamentales : Du respect des compétences des deux ordres de gouvernement dépend l'équilibre fédératif canadien⁷⁹⁸ ». Cette nécessité justifie la limite de la compétence fédérale en matière criminelle : « La compétence en matière de droit criminel est vaste, mais elle n'est pas illimitée⁷⁹⁹ ».

Les juges McLachlin, Binnie, Fish et Charron recherchent également la cohérence du système lorsqu'ils appliquent la doctrine des compétences accessoires pour reconnaître la constitutionnalité de certaines dispositions⁸⁰⁰. C'est également sa volonté d'assurer l'équilibre du système qui permet à la juge McLachlin de reconnaître la constitutionnalité de l'article 68⁸⁰¹.

⁷⁹⁴Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §246

⁷⁹⁵Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, §72

⁷⁹⁶Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, § 204

⁷⁹⁷Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

⁷⁹⁸Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

§205

⁷⁹⁹Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457, § 245

⁸⁰⁰Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.[291]

⁸⁰¹Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.[152]

Sous-section 2. L'unicité comme critère de la capacité à agir fédérale en droit canadien

487. Le critère de l'unicité permet, dans une logique semblable à celle du principe de proportionnalité, d'éviter que la doctrine de l'intérêt national ne conduise à un envahissement du champ de compétence provinciale.

La Cour considère l'unicité de la matière examinée comme critère de l'incapacité provinciale justifiant une mise en œuvre de la théorie de l'intérêt national dans l'arrêt *Crown Zellerbach*.

L'évaluation de la capacité à agir et celle de l'unicité d'une matière sont pourtant deux questions différentes. Tout comme en droit de l'Union Européenne, subsidiarité et proportionnalité doivent être contrôlée successivement, ces deux critères devraient donc être conçus de façon cumulative.

Il existe une double difficulté dans l'application du critère d'unicité. Son lien avec la capacité à agir d'abord, n'étant pas sans rappeler la difficulté d'une distinction entre la subsidiarité et la proportionnalité, mais aussi la difficulté d'interprétation du critère d'unicité lui-même, évoquant les difficultés d'interprétation du principe de proportionnalité, telle que l'identification de l'objectif poursuivi par la norme contrôlée.

Afin de préserver l'équilibre des compétences, la théorie de l'intérêt national ne permet l'intervention fédérale que si le sujet auquel elle s'applique possède une unicité le rendant indivisible. Les divergences entre opinions majoritaires et opinions dissidentes résultent davantage de différends sur le sujet auquel doit s'appliquer le critère d'unicité en l'espèce, lutte contre la pollution des eaux en milieu marin ou environnement (B), que des divergences théoriques sur le critère d'unicité lui-même (A).

A. La définition du critère d'unicité

488. Alors que la dissidence, met l'accent sur la nécessité de préserver l'équilibre des compétences, adoptant une interprétation de l'unicité qui sera suivie par sa jurisprudence ultérieure (1), l'opinion majoritaire considère que le critère d'unicité dépend de la capacité à agir potentielle des provinces, conciliant ainsi équilibre des compétences et efficacité du droit (2).

1. Une interprétation stricte du critère d'unicité

489. La dissidence dans la décision *Crown Zellerbach(a)*, puis l'opinion majoritaire dans la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême, s'abstiendront de reconnaître au pouvoir fédéral une compétence en matière d'environnement

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

dans le cadre de ses compétences pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement(b).

Cette interprétation du critère d'unicité permet une meilleure protection des compétences provinciales que l'assimilation de ce critère à la capacité à agir provinciale.

a. L'interprétation du critère d'unicité par la dissidence

490. Selon l'opinion dissidente, une compétence exclusive et prépondérante du Parlement fédéral dans un domaine ne satisfaisant pas aux critères d'unicité, de particularité et d'indivisibilité menacerait l'équilibre des compétences.

Elle considère que la jurisprudence a dégagé, en se référant à la théorie de l'intérêt national, un certain nombre de compétences au profit du fédéral⁸⁰². Elle affirme cependant que les arrêts mentionnés par la majorité ne peuvent suffire à étayer la compétence fédérale en la matière. En effet, pour qu'une matière nouvelle soit attribuée au fédéral, elle doit se caractériser par un degré d'unicité qui la rendrait indivisible : « la jurisprudence n'en a ainsi décidé que dans des cas où la nouvelle matière n'était pas un agrégat mais présentait un degré d'unité qui la rendait indivisible, une identité qui la rendait distincte des matières provinciales et une consistance suffisante pour retenir les limites d'une forme⁸⁰³. »

La dissidence ne conteste pas la nécessité de la théorie de l'intérêt national mais dénonce le danger d'un envahissement des compétences provinciales, soulignant la difficulté d'éviter que d'anciennes matières de compétences provinciales ne soient incorporées dans ces « nouvelles » compétences fédérales⁸⁰⁴. Selon la dissidence, l'environnement ne possède pas l'unicité et l'indivisibilité requise pour que le fédéral puisse intervenir : « Toutes les activités physiques ont un effet quelconque sur l'environnement⁸⁰⁵ ».

⁸⁰²R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401 (24 mars 1988), §71

⁸⁰³R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401 (24 mars 1988)), §71 à 78

« (...)je ne vois pas comment les arrêts qui en ont ainsi décidé peuvent être invoqués à l'appui du premier moyen.

L'endiguement et la réduction de l'inflation» n'est pas acceptable comme nouvelle matière. C'est un agrégat de sujets divers dont certains représentent une partie importante de la compétence provinciale. »

⁸⁰⁴R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401 (24 mars 1988), §72

⁸⁰⁵R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401 (24 mars 1988), §74, §5

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

491. Elle montre que dans la pratique la législation de la pollution en milieu marin touche à une vaste série de sujets relevant pour certains de la compétence provinciale⁸⁰⁶. La dissidence, en montrant que la protection de l'environnement nécessite, dans la pratique, une intervention fédérale et provinciale dans divers domaines, cherche à préserver l'équilibre en compétences fédérales et provinciales. L'opinion dissidente rappelle la mention des principes du fédéralisme dans le texte de la Loi constitutionnelle de 1867 : « Faire relever la pollution environnementale exclusivement de la compétence du Parlement fédéral, ce serait, me semble-t-il, sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la Constitution⁸⁰⁷ ». Dans *Crown Zellerbach*⁸⁰⁸, l'opinion dissidente utilise l'argument apagogique, selon lequel la loi ne peut conduire à des conséquences absurdes⁸⁰⁹. La Cour ne peut octroyer au fédéral un champ de compétences qui conduirait à dépouiller le provincial des siennes, puisque cela briserait l'équilibre entre compétences fédérales et provinciales et serait contraire au fédéralisme. Pour cette raison, l'opinion dissidente considère que l'environnement ne saurait être vu comme une compétence fédérale ou provinciale exclusive; de nombreux sujets ont une incidence sur l'environnement : « les réactions législatives possibles à ces activités visent un nombre important de pouvoirs législatifs énumérés, fédéraux et provinciaux. Attribuer le sujet général du contrôle de l'environnement au gouvernement fédéral en vertu de sa compétence générale aurait pour effet de dépouiller de son contenu la compétence législative provinciale et reviendrait à sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la Constitution », puisque « toutes les activités physiques ont un effet quelconque sur l'environnement⁸¹⁰ ».

492. Avec force répétition, la dissidence montre que l'attribution d'une compétence en matière d'environnement au fédéral pourrait aboutir, à terme, à une expropriation de nombreuses compétences provinciales liées à ce vaste thème.

Selon elle, il revient au fédéral de prouver l'existence d'un risque de pollution justifiant son intervention.⁸¹¹ Cet argument semble s'ajouter de façon subsidiaire aux précédents. La question se pose de savoir dans quelle mesure le degré de probabilité d'un danger sur l'environnement pourrait justifier un empiètement sur les compétences provinciales. Dans l'arrêt *Québec (Procureur*

⁸⁰⁶R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401, §77 6

⁸⁰⁷R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401, §7

⁸⁰⁸R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401

⁸⁰⁹Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique.Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, pp. 55 à 59

⁸¹⁰Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique.Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958, p. 6

⁸¹¹R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401§78

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

général) *c. Lacombe*⁸¹² comme dans *GMC*⁸¹³, la Cour considère que la forte nécessité d'une disposition législative pourrait « racheter » un empiètement sur les compétences provinciales. La question se pose de savoir si, de façon comparable, la preuve d'un danger en matière d'environnement pourrait venir justifier une intervention fédérale risquant d'empiéter sur les compétences provinciales.

493. Enfin, remet-elle en cause l'opinion majoritaire selon laquelle la pollution en milieu marin, plus restreinte que la pollution de l'environnement en général, posséderait l'unicité nécessaire pour constituer une matière nouvelle⁸¹⁴. La Cour se réfère à la terminologie législative pour établir l'impossibilité de n'appliquer la loi qu'aux eaux fédérales⁸¹⁵. Elle mentionne également, dans le même but, des considérations géographiques d'ordre factuel.

Elle rappelle qu'en l'espèce, l'urgence ne peut être invoquée : « nul n'a soutenu que ce type de pollution a pris des proportions alarmantes au point qu'il faille passer outre au partage ordinaire des compétences législatives prévu par la Constitution⁸¹⁶ ».

494. Dans *Crown Zellerbach*⁸¹⁷, l'opinion dissidente interprète de façon littérale la loi sur l'immersion de déchets en mer pour établir qu'elle dépasserait le domaine de la protection de l'environnement. Elle considère que la loi sur l'immersion de déchets en mer dépasse la lutte contre la pollution puisque « d'après ses propres termes elle vise (...) le dépôt de substances inoffensives, dans des eaux provinciales⁸¹⁸ ». L'opinion dissidente ajoute que « pour respecter le régime fédéral prévu par la Constitution, on doit chercher à établir un lien entre la conduite prohibée et les dommages réels ou probables que ce que l'on cherche à protéger pourrait subir, à savoir en l'espèce, l'océan ». Ce faisant, elle cherche à préserver le fonctionnement harmonieux du droit avant de se préoccuper de ses conséquences sociales. L'opinion dissidente se fonde sur le texte de la loi pour établir si la théorie des dimensions nationales s'applique : « cette matière (la protection de l'environnement et de la vie contre toute substance potentiellement nocive) n'a pas l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial. La définition des « substances toxiques »⁸¹⁹ à l'art. 11, conjuguée à

⁸¹²Québec (Procureur général) *c. Lacombe*, 2010 CSC 3, §102

⁸¹³General Motors of Canada Ltd. *c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641

⁸¹⁴R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401§76.

⁸¹⁵R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401, §79

⁸¹⁶R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401, §61

⁸¹⁷R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401

⁸¹⁸R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401.78

⁸¹⁹R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401. Par2

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

celle du mot « substance » à l'art. 3, est une définition générale sans limites précises» .

Selon Pierre Brun, « l'avis de la Cour suprême dans *Zellerbach* aura pour effet de remettre entre les mains du fédéral, sans que l'on soit obligé de démontrer une quelconque urgence, pratiquement tous les aspects de la lutte contre la pollution, y échapperaient les domaines traditionnellement provinciaux de protection de l'environnement comme le zonage. On pourrait en effet distinguer l'environnement DE la pollution qui n'est qu'un aspect du premier, l'arrêt *Zellerbach* ne traitant de fait que de la seconde et de ses accessoires. Cette distinction est cependant atténuée du fait qu'il est généralement compris que la lutte contre la pollution emporte le pouvoir d'agir en prévention.⁸²⁰

b. La confirmation ultérieure d'une compétence partagée en matière d'environnement

495. Dans *Hydro Québec*, la Cour confirme le pouvoir du fédéral de recourir au droit criminel afin de sanctionner les infractions par rapport à l'environnement. Ainsi, dans cet arrêt, l'opinion majoritaire considère que le critère du respect du partage fondamental des compétences est satisfait lorsqu'elle affirme que « le recours à la compétence fédérale en matière de droit criminel n'empêche nullement les provinces d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère l'art. 92 pour réglementer et limiter la pollution de l'environnement de façon indépendante ou de concert avec des mesures fédérales⁸²¹ ». L'opinion dissidente considère, quant à elle, que la loi empiéterait excessivement sur les compétences provinciales : « Le fait d'accorder au Parlement le pouvoir de réglementer de façon aussi complète le rejet de substances dans l'environnement par la détermination de leur nature « toxique » ou non éliminerait inévitablement la possibilité d'avoir une compétence partagée en matière d'environnement et empiéterait de façon considérable sur d'autres chefs de compétence provinciale »⁸²².

496. Dans *Friends of the Oldman River*⁸²³, la Cour suprême refuse de considérer que l'environnement est un sujet de compétence fédérale selon la doctrine « paix, ordre et bon gouvernement », afin d'assurer la cohérence du droit. Cette matière serait, « au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne

⁸²⁰Pierre BRUN, « La pollution du partage des compétences par le droit de l'environnement », *Revue Générale du Droit*, 1993, n24, p. 204

⁸²¹*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, 5

⁸²²*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. 8

⁸²³*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 78

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude»⁸²⁴.

Une insécurité juridique et constitutionnelle pourrait résulter de l'accumulation, dans un domaine aussi crucial et sur une période relativement courte, de décisions plus ou moins compatibles, voire contradictoires.

2. L'interprétation du critère d'unicité par l'opinion majoritaire

497. L'opinion majoritaire considère que l'intervention fédérale ne bouleverse pas l'équilibre fédéral dans la mesure où elle se limite à « l'aspect du problème qui échappe au contrôle provincial » (a). Ce critère de l'incapacité provinciale constitue en effet un indice permettant de déterminer si une matière possède une unicité la rendant indivisible (b), ce qui autorise une intervention fédérale dans le cadre de la doctrine de l'intérêt national.

a. La limitation de la compétence fédérale à l'incapacité provinciale

498. La Cour précise, par un argument *ab exemplo*, le contenu du critère de l'« incapacité provinciale » d'origine jurisprudentielle et doctrinale. Selon ce critère, l'intervention fédérale dans le cadre des pouvoirs en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement serait limitée à « l'aspect du problème qui échappe au contrôle provincial ». Il autorise « l'action conjuguée de deux ou plusieurs assemblées législatives » dans la mesure où cette coopération fonctionne⁸²⁵. Cependant, selon la Cour, cette perspective est incompatible « avec ce que soulignait le juge Beetz dans le *Renvoi: Loi anti-inflation*, savoir que lorsqu'une matière relève de la théorie de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de Paix, d'Ordre et de Bon Gouvernement, par opposition à la théorie de la situation d'urgence, le Parlement jouit d'une compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intra provinciaux ».

La Cour, se fondant toujours sur la jurisprudence, finit toutefois par rejeter l'idée selon laquelle le fédéral pourrait détenir toutes compétences pour résoudre un problème législatif : « Le critère de « l'incapacité provinciale » ne doit pas, toutefois, aller jusqu'à justifier la notion générale, jusqu'ici rejetée par la

⁸²⁴*Friends of the Oldman River Society v. Canada* (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3 78, p. 64

⁸²⁵*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

Lorsqu'il est possible de régler le problème par l'action conjuguée de deux ou plusieurs assemblées législatives, la « dimension nationale » ne peut viser que le risque de non-coopération et ne justifie qu'une mesure législative fédérale portant sur ce risque.»

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

jurisprudence, qu'un palier ou l'autre de gouvernement doit avoir une compétence absolue pour régler un problème législatif⁸²⁶ ».

La Cour, à la différence de la dissidence dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, ne précise pas davantage comment l'équilibre des compétences doit être assuré.

b. Le critère de l'incapacité provinciale comme indice de l'unicité et de l'indivisibilité du sujet et de la nécessité d'un traitement uniforme de la question

499. Ce critère permet de préserver l'équilibre fédératif⁸²⁷. La Cour suppose que l'incapacité provinciale permet d'établir « qu'une matière particulière revêt un intérêt national et relève ainsi de la compétence en matière de Paix, d'Ordre et de Bon Gouvernement ⁸²⁸ ». En outre, l'incapacité provinciale serait « l'un des indices qui permettent de déterminer si une matière revêt le caractère d'unicité et d'indivisibilité nécessaire pour relever de la théorie de l'intérêt national ».

Selon la Cour, cette incapacité provinciale serait donc un indice permettant de déterminer l'unicité de cette matière. Il semble que cette appréciation de la Cour repose sur des considérations empiriques ; d'un point de vue purement logique, il demeure possible que la province soit incapable d'agir dans un domaine complexe ne possédant pas l'unité nécessaire à l'application de la théorie de l'intérêt national. Il semble que le critère d'unicité ne revête pas exactement le même sens pour la majorité et la dissidence. L'opinion dissidente mettant l'accent sur l'équilibre des compétences et la majorité sur l'efficacité du droit.

500. En admettant que l'incapacité provinciale ne soit qu'un indice permettant de déterminer l'unicité de cette matière, la Cour admet la distinction entre capacité à agir et unicité, cette distinction pouvant être comparée à la distinction entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne. Cependant, cette distinction, suggérée, n'est pas clairement établie dans l'ensemble de la décision⁸²⁹.

B. La divergence sur l'objet d'application du critère d'unicité

⁸²⁶R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §39

⁸²⁷R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §38, p. 432

⁸²⁸R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, §39

⁸²⁹R. v. *Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, § 32 pour la Cour, §73 pour la dissidence

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

501. Des divergences sur l'application du critère d'unicité entre opinions majoritaires et dissidentes apparaissent dans le domaine de l'environnement (1) comme dans celui des relations de travail (2).

1. La divergence sur l'objet d'application du critère d'unicité dans l'arrêt *Crown Zellerbach*

502. La Cour et la dissidence se réfèrent au même passage du *Renvoi relatif à la Loi anti inflation*⁸³⁰ pour montrer qu'une matière ne peut être attribuée au pouvoir fédéral que si elle possède une unicité qui la rende indivisible⁸³¹. Seules leurs applications de ce critère à l'espèce diffèrent. Alors que la majorité applique le critère d'unicité à la pollution des cours d'eaux interprovinciaux, la dissidence l'applique à l'environnement.

La Cour se réfère à l'affaire *Interprovincial Co-operatives Ltd.* Dans cette affaire « le Parlement a compétence pour réglementer les immersions, dans des eaux provinciales, de substances dont il peut être démontré qu'elles polluent des eaux à l'extérieur de la province⁸³² ».

503. Si l'opinion majoritaire considère donc que la pollution des Cours d'eaux interprovinciaux possède une unicité qui la rend indivisible⁸³³, elle affirme dans *Hydro Québec*⁸³⁴ que la formulation large de la loi attaquée, rendue nécessaire par la complexité du sujet, n'implique pas que l'environnement ne possède pas l'unicité requise pour que soit déclenchée la théorie des dimensions nationales.

Elle considère que: « La formulation large est inévitable dans une loi sur la protection de l'environnement en raison de l'ampleur et de la complexité du sujet⁸³⁵. » Ce commentaire est fait dans le but d'étayer l'application en l'espèce de la compétence criminelle du fédéral. L'opinion majoritaire considère en effet qu'« il n'est pas nécessaire de déterminer si les dispositions contestées relèvent de la compétence du Parlement pour légiférer relativement à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada⁸³⁶ ». Il n'en reste pas moins que ce commentaire permet de supposer que les juges majoritaires n'auraient pas vu dans la formulation large de la loi un obstacle à la conclusion que

⁸³⁰*Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, pp. 457, 458

⁸³¹*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

Par 32 pour la Cour par 73 pour la dissidence

⁸³²*Interprovincial Cooperatives c. La Reine* (1975), [1976] 1 S.C.R. 477 §40

⁸³³*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401

⁸³⁴*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213

⁸³⁵*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, 5

⁸³⁶*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, 6

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

l'environnement possède l'unicité requise pour que la théorie de l'intérêt national soit appliquée.

504. Dans la décision *Crown Zellerbach*, la Cour doit se prononcer sur l'applicabilité de la théorie de l'intérêt national. S'accordant sur la nécessité de préserver la cohérence du système de partage des compétences dans *Crown Zellerbach*⁸³⁷, les opinions dissidentes et majoritaires tirent de cette nécessité des conclusions différentes. La jurisprudence ne permet pas d'éliminer tout doute sur l'application des critères d'unicité et d'indivisibilité. Il semble que la prédétermination, par le contenu de l'article 91 et de la loi constitutionnelle de 1867, et la codétermination, par la référence à la jurisprudence, permettent à la majorité et à la dissidence de s'accorder sur les critères d'application de la théorie de l'intérêt national. Cela ne suffisant pas à résoudre l'affaire, la décision de la Cour est également surdéterminée, elle ne s'étend cependant pas sur les éléments extra-juridiques ayant déterminé son interprétation du droit.

505. L'incertitude sur le contenu de ces critères semble être aussi théorique et dépasser leur seule application à l'affaire *Crown Zellerbach*. L'opinion majoritaire utilise la capacité à agir des provinces comme indice permettant de déterminer si une matière possède une unicité qui la rend indivisible. Elle ne s'étend guère sur la façon dont la capacité à agir permet de caractériser l'unicité d'une matière. Elle ne mentionne aucune source pour fonder le lien entre capacité à agir des provinces et unicité d'une matière. Alors que la majorité interprète la théorie de l'intérêt national à la lumière des objectifs d'efficacité qui le sous-tendent, l'opinion dissidente met l'accent sur la nécessité de préserver les compétences provinciales. Si ces deux objectifs sont mentionnés dans la Loi constitutionnelle de 1867, seule la codétermination permet, dans une décision donnée, de les agencer.

La Cour Suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union Européenne se retrouvent confrontées à des préoccupations communes lorsqu'elles doivent, l'une identifier l'objet d'application du critère d'unicité et l'autre déterminer l'objectif poursuivi par la norme à la lumière duquel doit être contrôlé le principe de proportionnalité.

2. Les divergences sur l'objet d'application du critère d'unicité dans le domaine des relations de travail

506. Les opinions majoritaires et dissidentes s'opposent sur l'application du critère d'unicité (a), ce qui semble lié à des conceptions distinctes du fédéralisme et de l'équilibre des compétences (b).

a. L'application du critère d'unicité dans le domaine des relations de travail

⁸³⁷R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

507. Dans l'arrêt *Ontario Hydro*⁸³⁸, la société Ontario Hydro, appartenant à la province d'Ontario, produisait de l'énergie électrique grâce à des centrales dont cinq fonctionnaient à partir de l'énergie nucléaire et étaient de ce fait visées par l'art. 18 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* fédérale. Selon cette loi, les ouvrages et entreprises « destinés à la production et aux applications et usages de l'énergie atomique » étaient jugés « à l'avantage général du Canada ». La question se posait dans cette affaire de savoir si la loi fédérale en matière de relations de travail s'appliquait aux employés des centrales nucléaires provinciales. La Cour suprême résume ainsi l'argumentaire déployé par les parties : « La Société intimée s'est fondée sur la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario pour présenter une demande d'accréditation comme agent négociateur exclusif d'une unité d'employés d'Ontario Hydro, dont ceux des centrales nucléaires. La Coalition intimée a contesté cette demande d'accréditation pour le motif que les employés des centrales nucléaires étaient régis par le *Code canadien du travail*. La Coalition a soutenu que la déclaration de l'art. 18 de la Loi, conjuguée au §91(29) et à l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avait pour effet d'assujettir les centrales nucléaires d'Ontario Hydro à la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail. La Commission des relations de travail de l'Ontario a statué qu'elle n'avait pas compétence relativement à l'unité de négociation proposée parce que celle-ci comprenait des employés qui travaillaient dans les centrales nucléaires et qui étaient régis par le *Code canadien du travail*. La Cour divisionnaire de l'Ontario a annulé la décision de la Commission »⁸³⁹.

508. L'opinion majoritaire se fonde sur « les textes réglementaires nationaux et internationaux applicables à la production d'énergie nucléaire, les arrêts antérieurs de notre Cour et d'autres tribunaux relativement à la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail, et l'effet de l'article 92A(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » pour montrer que les relations de travail des personnes employées dans les centrales nucléaires fait partie intégrante du pouvoir déclaratoire du Parlement et de sa compétence en matière de Paix, d'Ordre et de Bon Gouvernement. La dissidence ne partage pas l'interprétation de l'article 92A par l'opinion majoritaire, elle considère que cet article renforce la conclusion selon laquelle les relations de travail ne feraient pas partie intégrante de la compétence fédérale. Elle se fonde, en outre, sur le silence de la Loi, le Règlement ou les permis examinés et sur le caractère provincial de l'entreprise pour montrer que le Parlement fédéral n'a pas forcément d'intérêt dans les relations de travail. En outre, elle considère que la sécurité peut être préservée par une législation indépendante du Parlement, sans pour autant qu'il encadre les relations de travail.

⁸³⁸*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail)), [1993] 3 R.C.S. 327

⁸³⁹*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Dans cette décision, la possibilité d'une distinction entre relation de travail et énergie atomique détermine l'étendue du pouvoir déclaratoire du Parlement et avec elle la complémentarité du droit provincial et du droit fédéral. La « proportionnalité » n'est pas explicitement mentionnée, mais la référence à l'équilibre des compétences et aux principes du fédéralisme y renvoie.

509. Dans la décision *Pronto*, dans le domaine des relations de travail, la dissidence applique une nouvelle fois le critère de l'unicité ; si elle reconnaît l'énergie atomique comme indivisible, elle considère que les relations de travail n'en font pas partie : » Le Parlement fédéral n'a pas besoin de contrôler les relations de travail dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro pour exercer sa compétence sur l'énergie atomique. Les relations de travail ici en cause ne font pas partie de la matière unique, particulière et indivisible qu'est l'énergie atomique⁸⁴⁰. »

La dissidence admet donc la compétence fédérale en matière d'énergie atomique en vertu de la compétence fédérale à assurer la Paix, l'Ordre et le Bon Gouvernement⁸⁴¹ mais considère que les relations de travail dans les centrales

⁸⁴⁰*Ontario Hydro c. Ontario* (Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327, Plus loin: J'ai conclu plus haut que le Parlement n'a pas besoin de contrôler les relations de travail dans les centrales nucléaires d'Ontario Hydro pour exercer efficacement sa compétence sur les ouvrages au moyen de son pouvoir déclaratoire. De même, la réglementation, par le Parlement, des relations de travail des employés des centrales nucléaires d'Ontario Hydro ne fait pas partie intégrante de l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement sur l'énergie atomique.

⁸⁴¹*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327

En résumé, bien que le Parlement ait compétence sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, cette compétence ne vise pas les relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires. Le gouvernement fédéral n'a pas besoin de contrôler les relations de travail dans les établissements nucléaires d'Ontario Hydro pour exercer sa compétence sur l'énergie atomique. Autrement dit, les relations de travail ici en cause ne font pas partie de la matière unique, particulière et indivisible qu'est l'énergie atomique. Cependant, cela ne veut pas dire pour autant que, lorsque les circonstances le justifient, le Parlement ne peut pas, en exerçant sa compétence valide sur l'énergie nucléaire, adopter des mesures législatives qui ont un effet sur les relations de travail des employés d'Ontario Hydro en vertu du volet de l'intérêt national ou du volet de la situation d'urgence nationale justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement du Canada.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

nucléaires doivent demeurer de compétence provinciale : « la compétence qu'a le Parlement sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement n'est pas totale et ne vise pas les relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires ».

Les divergences sur l'application du critère d'Unité découlent de conceptions distinctes du fédéralisme.

b. Les divergences sur le maintien de l'équilibre des compétences

510. La dissidence et le juge en chef Lamer, souscrivant à l'opinion majoritaire, s'accordent une fois encore sur la nécessité de préserver l'équilibre fédératif mais pas sur la façon de le maintenir⁸⁴².

La majorité considère que la compétence fédérale sur le nucléaire dans le cadre de sa compétence pour assurer la Paix, l'Ordre et le Bon Gouvernement autorise le gouvernement fédéral à se prononcer sur les relations de travail dans les centrales nucléaires.

Le juge en chef Lamer, majoritaire, reconnaît que « La compétence en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement est également assujettie aux principes de fédéralisme relatifs au maintien d'un équilibre, ce qui a pour effet, en l'espèce, de limiter la compétence fédérale en cette matière aux dimensions d'intérêt national de l'énergie atomique (soit la production d'énergie nucléaire et les questions de sécurité qui s'y rattachent)⁸⁴³ ».

Il montre que les compétences provinciales ne sont pas menacées puisque « la compétence fédérale sur les relations de travail ne s'applique pas à tous les employés d'Ontario Hydro⁸⁴⁴. Seules les personnes employées dans le cadre des installations destinées à la production d'énergie nucléaire sont assujetties à la

⁸⁴²*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327, , p. 425

⁸⁴³*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327,

Plus loin, la majorité reconnaît de façon implicite la nécessité de préserver le partage des compétences lorsqu'elle tente de prouver la force persuasive de l'arrêt *Pronto*

« Enfin, en ce qui concerne le quatrième motif, ce qui est soulevé dans le présent pourvoi c'est la question du compromis précis auquel les gouvernements fédéral et provincial doivent parvenir et, à mon avis, le partage des compétences auquel j'arrive, qui est le même que celui auquel conclut le juge McLennan, respecte ce compromis pour les motifs que j'ai exposés plus haut.»

⁸⁴⁴*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

réglementation fédérale. Les autres demeurent soumises à la compétence provinciale, conformément à l'al. 92A(1)c) de la Loi constitutionnelle de 1867» .

L'opinion dissidente, quant à elle, considère que la reconnaissance de la compétence fédérale pourrait menacer le principe fédéral : « Le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. Bien que l'utilisation du pouvoir déclaratoire ne soit pas aussi dramatique que la modification unilatérale de la Constitution, j'estime que le principe fédéral devrait être néanmoins respecté »⁸⁴⁵. L'action conjointe de la théorie du double aspect et de celle de la prépondérance fédérale pourrait aboutir à un tel résultat⁸⁴⁶.

Comme la Cour divisionnaire, elle recourt à un argument systématique⁸⁴⁷ pour se prononcer en faveur d'une complémentarité de la législation fédérale en matière d'énergie atomique et de la législation provinciale en matière de relations de travail⁸⁴⁸. Il s'agit de situer la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement dans son contexte législatif ; elle doit être interprétée en tenant compte des compétences provinciales.

⁸⁴⁵*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327, §35

⁸⁴⁶*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327:

Toute convention collective qui irait à l'encontre de ces conditions, imposées conformément à un règlement fédéral valide portant sur un aspect fédéral de l'établissement nucléaire, serait nulle et sans effet puisque les dispositions du permis fédéral auraient prépondérance (...).

⁸⁴⁷ Le droit est ordonné et ses diverses normes forment un système dont les divers éléments peuvent être interprétés en fonction du contexte où ils se trouvent insérés.

Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique.Traité de l'argumentation*. Paris, PUF, 1958, pp. 55 à 59

⁸⁴⁸*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327, [1993] 3 R.C.S. 327: La Cour divisionnaire a statué que le Parlement avait compétence pour adopter la Loi sur le contrôle de l'énergie atomique dans l'intérêt national en vertu de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement prévue dans le préambule de l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867. La compétence que le Parlement possède en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement est de nature résiduelle et devrait être interprétée conjointement avec le pouvoir spécifique prévu à l'al. 92A(1)c) de manière à ne pas exclure la compétence provinciale sauf s'il est absolument nécessaire de le faire. Même en cas de conflit entre les art. 91 et 92, il y a lieu, en vertu de la théorie de la modification mutuelle, de restreindre la compétence générale de façon à exclure la catégorie plus restreinte de sujets(...).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Elle considère que, conformément à la Loi constitutionnelle de 1867, la législation provinciale doit s'appliquer aux relations de travail⁸⁴⁹ et reconnaît la possibilité d'une coexistence des législations fédérales et provinciales.

511. Comme la Cour l'avait fait lors de l'affaire *Crown Zellerbach*, l'opinion dissidente montre que le critère de « l'incapacité provinciale » autorise une coexistence des législations fédérales et provinciales⁸⁵⁰. Selon les juges dissidents : « la compétence du Parlement sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada n'est pas totale, mais porte seulement sur les aspects de l'ouvrage qui font partie intégrante de l'intérêt fédéral dans l'ouvrage en question ».

Les juges dissidents se réfèrent à la loi constitutionnelle et à la tradition constitutionnelle pour montrer la nécessité de préserver l'équilibre fédératif : « Cette restriction est compatible avec la façon traditionnelle d'aborder les questions de partage des compétences. La Loi constitutionnelle de 1867 établit un régime fédéraliste de gouvernement pour le Canada et elle devrait être interprétée de façon à empêcher que les pouvoirs du Parlement ou d'une législature provinciale subsument les pouvoirs de l'autre⁸⁵¹ ».

⁸⁴⁹*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327,

Les tenants de la compétence provinciale se sont fondés sur la compétence exclusive traditionnelle que la province possède, en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour légiférer relativement aux ouvrages et entreprises d'une nature locale (par. 92(10)), à la propriété et aux droits civils (par. 92(13), et aux matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16)); toutefois, ils se sont fondés plus particulièrement sur le par. 92A(1) (adopté dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 50).

⁸⁵⁰*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327,

En ce qui concerne le dernier facteur, le critère de l'« incapacité provinciale », le juge Le Dain s'est empressé de prévenir que ce critère « ne doit pas, toutefois, aller jusqu'à justifier la notion générale, jusqu'ici rejetée par la jurisprudence, qu'un palier ou l'autre de gouvernement doit avoir une compétence absolue pour régler un problème législatif » (p. 434). En conséquence, le fait que le gouvernement fédéral puisse avoir compétence sur l'énergie atomique en raison du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement n'accorde pas au Parlement un pouvoir absolu sur tous les aspects de l'énergie nucléaire.

⁸⁵¹*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327

Le pouvoir déclaratoire fédéral peut être exercé à l'égard des ouvrages qui tombent dans l'une ou l'autre catégorie de sujets attribuée aux provinces en

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Ils se réfèrent aux principes du fédéralisme pour privilégier une intervention du fédéral destinée à assurer la sécurité des installations nucléaires empiétant sur les compétences provinciales plutôt qu'une soustraction aux provinces des compétences en matière de relations commerciales⁸⁵².

vertu des art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Parlement n'a pas renoncé à son pouvoir déclaratoire sur les centrales nucléaires lorsque l'art. 92A a été ajouté à la Constitution en 1982.

⁸⁵²*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327

Cet empiètement nécessaire sur la compétence provinciale s'harmonise davantage avec les principes du fédéralisme que le fait de soustraire systématiquement les relations de travail à la compétence provinciale. L'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* vient renforcer la conclusion que les relations de travail ne font pas partie intégrante de l'exercice de la compétence fédérale. Cet article prévoit expressément que les provinces ont compétence sur la gestion des emplacements destinés à la production d'énergie électrique, y compris ceux alimentés par des réacteurs nucléaires. De plus, Ontario Hydro est dans l'ensemble une entreprise provinciale. Le contrôle provincial des relations de travail paraît ainsi faire partie intégrante de la compétence provinciale sur les centrales nucléaires. Enfin, les relations de travail dans une entreprise provinciale devraient être réglementées par les provinces, pour la même raison que les relations de travail dans une entreprise fédérale doivent être réglementées par le fédéral.

Voir aussi: À l'instar de sa compétence découlant du pouvoir déclaratoire, la compétence qu'a le Parlement sur l'énergie atomique en vertu du volet de l'intérêt national justifiant l'exercice de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement n'est pas totale et ne vise pas les relations de travail entre Ontario Hydro et les employés de ses centrales nucléaires. En l'absence de circonstances spéciales, les mêmes principes de fédéralisme relatifs au maintien d'un équilibre s'appliquent à la fois à la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement et au pouvoir déclaratoire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

512. La Cour de justice rappelle régulièrement la distinction entre subsidiarité et proportionnalité. Pourtant, elle opère une confusion entre ces deux principes dans d'autres décisions. De même, les juges de la Cour Suprême du Canada opèrent-ils parfois une confusion entre capacité à agir dans un domaine et unicité de ce domaine alors même qu'ils les distinguent clairement dans d'autres cas. Ces critères remplissant la même fonction que la subsidiarité et la proportionnalité en droit de l'Union Européenne.

Une fois encore, l'exemple canadien semble indiquer qu'un contrôle effectif de la proportionnalité ne repose pas sur une abondance de critères théoriques. L'application des critères existants devrait suffire, tant en droit de l'Union Européenne qu'en droit canadien, à assurer une mise en œuvre qualitative de la proportionnalité et non purement quantitative. Dans le Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, la Cour suprême se réfère à des considérations relevant de la proportionnalité alors que cela n'est pas rendu indispensable par le test de GMC qu'elle applique en l'espèce.

513. Bien que la subsidiarité implique une évaluation des moyens d'action de la communauté et donc de la proportionnalité, l'inverse n'est pourtant pas vrai. Il ne suffit pas que les États possèdent une latitude d'action pour que la nécessité de l'intervention communautaire soit avérée. Alors que la Cour de justice se contente parfois de souligner l'existence d'une marge de manœuvre pour les États, une véritable évaluation de la proportionnalité implique une référence aux objectifs poursuivis par la norme.

En droit de l'Union Européenne et en droit canadien, la réduction du contrôle juridictionnel de l'exercice des compétences à des considérations purement quantitatives de respect des compétences des deux niveaux de pouvoir pourrait découler des difficultés occasionnées par l'identification de l'objectif poursuivi par la norme contrôlée.

514. Enfin, l'ordre dans lequel sont posées la question de la capacité à agir et celle de l'étendue de l'intervention de « l'entité englobante » importe moins que la reconnaissance de la spécificité de ces deux questions.

L'ordre dans lequel se posent les questions de la nécessité de l'intervention de « l'entité englobante » et de l'étendue de son action est variable selon les tests. En droit de l'Union Européenne, la question de la subsidiarité précède celle de la proportionnalité. Tel est également le cas lors du contrôle de la théorie de l'intérêt national en droit canadien. L'interprète s'interroge d'abord sur la

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

capacité provinciale et sur les dimensions nationales du sujet puis recherche si la matière se caractérise par une unicité la rendant indivisible.

L'application du critère dynamique de l'intégration du test posé dans GMC, pour sa part, nécessite d'abord une évaluation de l'empiètement d'une disposition, relevant d'une dynamique de proportionnalité, puis la recherche du lien fonctionnel de cette disposition à la norme, relevant d'une dynamique de subsidiarité. Cette inversion des tests en droit canadien montre que la simultanéité de la question de la nécessité d'une intervention et des moyens à la disposition des Etats, lors du test d'efficacité comparative ne devrait pas nécessairement induire de confusion entre ces deux composantes de l'article 5§3TUE.

CONCLUSION DU TITRE I

515. Alors que la Cour de justice de l'Union Européenne peine à sanctionner une intervention des institutions de l'Union Européenne sur la base du principe de subsidiarité, la Cour suprême du Canada parvient à exercer un contrôle sur des mécanismes de subsidiarité en droit canadien. Elle invalide en effet des lois fédérales adoptées sur la base de la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement ou de la clause de commerce lorsque ces doctrines sont invoquées à mauvais escient.

De façon parallèle, on peut observer que la jurisprudence joue un rôle négligeable en droit de l'Union Européenne dans ce domaine alors qu'elle est abondamment invoquée en droit canadien, ce qui n'est aucunement surprenant étant donné l'ancrage du droit constitutionnel canadien dans la tradition de common law.

516. De là à imputer l'inefficacité du contrôle de la Cour de justice à son absence de référence jurisprudentielle, le pas est vite franchi.

Comment s'étonner qu'une Cour, issue d'un système de common law et dont le caractère constitutionnel s'est progressivement affirmé, procède à un contrôle plus efficace que celui d'une Cour plus récente et prenant place dans des pays essentiellement de tradition romano-germanique? La Cour de justice, se référant principalement au texte des traités ou restant silencieuse, semble fidèle à la tradition essentiellement formaliste du droit de la plupart des Etats.

Pourtant, le système de l'Union Européenne possède sa logique propre. Les décisions de la Cour de justice dans d'autres domaines⁸⁵³ témoignent de davantage d'audace. Il n'est donc pas exclu que la Cour sorte de sa réserve pour rendre le contrôle de la subsidiarité pleinement opérationnel.

Nous comparerons donc les fondements d'un contrôle juridictionnel en droit de l'Union Européenne afin d'observer si le contrôle de la Cour de justice pourrait, comme l'a été celui de la Cour Suprême, être approfondi. Nous observerons dans ce but que la Cour de justice et la Cour Suprême semblent éprouver des réticences communes dans le contrôle de la subsidiarité.

⁸⁵³Cf. par exemple la jurisprudence de la Cour de Justice sur les compétences implicites ou le développement des compétences exclusives de l'Union Européenne.

TITRE II. LES RETICENCES DES COURS ASSUMER LEUR POUVOIR DE CONTROLE

517. L'étendue du contrôle opéré par la Cour sur chacun de ces domaines peut être mise en lumière par la recherche de la finalité de la dévolution aux Communautés Européennes de chacune de ces compétences.

Alors que l'instauration d'un marché commun occupe une place centrale dans la construction européenne dès le traité de Rome, des actions en matière d'environnement ne se sont développées que dans les années soixante-dix et n'ont été consacrées dans le droit originaire que par l'acte unique en 1986. Ainsi peut-on expliquer l'abstention d'invoquer le non-respect du principe de subsidiarité devant la Cour de justice dans le domaine de l'environnement.

La libre concurrence, la politique des transports et l'harmonisation des systèmes sociaux contribuent au renforcement de ce marché commun. La politique des transports, l'une des premières politiques communes de l'Union européenne, s'est concentrée sur l'élimination des obstacles aux frontières entre les États membres et a ainsi contribué à la libre circulation des personnes et des biens. Ainsi la politique des transports est-elle essentielle à la réalisation du marché intérieur.

518. La politique sociale, si elle vient favoriser l'instauration d'un marché commun, vient également répondre aux défis posés par la libre circulation. Elle permet, en particulier par la coopération des États membres, la coordination et la mise en convergence des politiques nationales, l'amélioration des conditions de travail en Europe dans un cadre de mondialisation des échanges.

C'est également le cas de la politique environnementale apparaissant, quant à elle, comme un moyen de corriger les déséquilibres pouvant résulter de la libre circulation. La libre circulation, principal moteur du Marché commun, et les transports la facilitant peuvent en effet être cause de pollution; La réduction des gaz à effet de serre implique la recherche de solution alternative en matière de transport. La Commission analyse les options permettant de réduire l'impact du secteur de l'aviation sur le changement climatique⁸⁵⁴.

⁸⁵⁴ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, du 27 septembre 2005, intitulée : « **Réduction de l'impact de l'aviation sur le changement climatique** » [COM(2005) 459 - Non publiée au Journal officiel].

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

519. La Cour suprême et surtout la Cour de justice interprètent la subsidiarité avec une grande retenue⁸⁵⁵ (chapitre 1). Un contrôle substantiel du principe de subsidiarité par une Cour n'en apparaît pas moins légitime (chapitre 2).

520. Un tel contrôle ne se limiterait pas à constater l'existence d'une motivation des institutions politiques au regard de la subsidiarité mais s'interrogerait sur le contenu de cette motivation : sa cohérence interne et sa conformité avec une évaluation raisonnable, en l'état des connaissances disponible au moment où la norme a été édictée, des capacités d'action de chaque niveau de pouvoir. Ainsi, la Cour pourrait-elle porter un regard critique sur les éléments de preuves scientifiques, économiques, politiques ou sociaux apportés par les institutions politiques à l'appui de la nécessité de leur intervention.

CHAPITRE 1. L'AUTOLIMITATION DES COURS DANS LEUR CONTROLE DE LA SUBSIDIARITE

521. Le Parlement doit respecter le principe de morale politique selon lequel il doit agir de façon légitime, c'est-à-dire conformément au principe de primauté du droit. Si les raisons invoquées à l'appui d'une loi ne sont pas conformes à ce principe, la Cour suprême n'est pas contrainte de les respecter. La Cour suprême peut donc refuser d'appliquer certaines lois qu'elle estime inconstitutionnelles. Le contrôle judiciaire des lois a par conséquent un fondement moral, au sens juridique du terme. Il est légitime même si les justiciables n'y ont pas directement consenti⁸⁵⁶.

En effet, les juges de la Cour suprême ne sont pas élus, ils ne sont donc pas représentants du peuple. En se référant à la Constitution, ils se rapportent à la volonté du peuple, pouvoir constituant. Pourtant, la loi, plus précise, l'exprime de façon plus directe. On considère généralement que les lois sont dotées d'un pedigree démocratique, car elles sont produites par le Parlement qui exprime la volonté générale. Lorsque les juges contrôlent le respect de la Constitution, ils l'interprètent et imposent cette interprétation à celle des parlementaires, élus. Ainsi l'autolimitation du pouvoir juridictionnel pourrait-elle s'expliquer.

⁸⁵⁵L'opportunité étant entendue comme le caractère souhaitable d'une mesure pour la société, sur un plan éthique et politique.

⁸⁵⁶André DUHAMEL, LUC TREMBLAY et Daniel WEINSTOCK, *La démocratie délibérative en philosophie et en droit: enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. xxiii, 274.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

522. Lorsqu'une décision conduit à ce que les intérêts fondamentaux d'un groupe soient limités, la Cour doit donner de bonnes raisons à ces limitations, raisons acceptées par tous les intéressés. Les décisions relatives aux conflits de lois n'ont généralement pas pour objet de limiter les intérêts fondamentaux de qui que ce soit. Les intérêts défendus dans un litige sont principalement les intérêts des parties ; c'est à travers eux que sont défendus, de façon indirecte, les intérêts provinciaux ou fédéraux.

Selon la juge Mc Lachlin, le contrôle de légitimité des lois ne doit pas être appréhendé comme une forme d'activisme judiciaire : « le terme *judicial activism* ne signifie pas qu'on n'est pas d'accord avec une décision en particulier (...) dans une fédération comme le Canada, les juges ont toujours eu la responsabilité d'invalider des lois et des actes gouvernementaux qui dépassent les pouvoirs accordés par la Constitution. Aujourd'hui, nous continuons de faire ainsi. Selon plusieurs, c'est de l'activisme. Si oui, cela n'est pas nouveau⁸⁵⁷ » .

523. Si cette légitimité semble entourée d'un certain consensus, le gouvernement des juges n'en est pas moins craint : les juges ne pourraient-ils pas profiter de leur pouvoir de contrôle pour se prononcer sur des questions politiques dépassant leurs compétences ? La réserve des décisions de la Cour de justice et de la Cour suprême semble indiquer le contraire.

La Cour de justice et la Cour suprême semblent procéder à une autolimitation de leur contrôle des mécanismes de subsidiarité dans leur choix de se prononcer sur l'application de la subsidiarité (section 1). En droit canadien, le refus de la Cour suprême de théoriser l'exercice des compétences limite l'application de mécanismes de subsidiarité. Lorsque les Cours consentent à appliquer des mécanismes de subsidiarité, cette autolimitation est perceptible dans l'étendue de leur contrôle, souvent limité à la recherche de l'intention du législateur (section 2).

SECTION 1. UNE AUTOLIMITATION DES COURS DANS LEUR CHOIX D'APPLIQUER DES MECANISMES DE SUBSIDIARITE

524. Une interprétation juridictionnelle apolitique de la subsidiarité est entravée par la nature ambivalente de ce principe et par des raisons procédurales (*sous-section 1*). Ces limites sont reconnues par les Cours elles-mêmes qui ne se

⁸⁵⁷Alain Robert Nadeau, « Beverley Mc Lachlin en entrevue au journal du barreau », Vol. 33 - numéro 1 - 15 janvier 2001.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

prononcent sur le respect de la subsidiarité que si cela est indispensable à la résolution d'un litige (*sous-section 2*).

Sous-section 1. Les fondements de l'autolimitation de la Cour de justice

525. En droit de l'Union Européenne, la justiciabilité de mécanismes de subsidiarité comporte des limites; c'est d'ailleurs le cas dans la plupart des systèmes se référant à ce principe⁸⁵⁸. La nature du principe de subsidiarité et la mise en œuvre de son contrôle (§1) expliquent les réserves de la Cour de justice qui procède à un contrôle minimum de ce principe (§2).

⁸⁵⁸ Les mêmes hésitations caractérisent d'ailleurs la prudence du Conseil constitutionnel français aussi bien à l'égard du principe européen de subsidiarité qu'envers le principe constitutionnel de subsidiarité consacré à l'article 72, alinéa 2, de la Constitution. On se souvient en effet que le juge constitutionnel avait pressenti, dans sa décision relative au Traité d'Amsterdam, puis constaté, dans sa décision relative au Traité de Lisbonne, que « la mise en œuvre de ce principe pourrait ne pas suffire à empêcher que les transferts de compétences autorisés par le traité revêtent une ampleur ou interviennent selon des modalités telles que puissent être affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (24). De la même façon, le Conseil constitutionnel se limite lui-même également à un contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation en ce qui concerne l'application du principe constitutionnel de subsidiarité (25) et ne se montre pas particulièrement explicite quand il affirme la conformité des lois à ce principe (26). Seule la Cour constitutionnelle allemande paraît ne pas être embarrassée par l'application de ce principe (27), sans doute encouragée en cela par son rôle de Cour constitutionnelle fédérale clairement assumé. Projetant les potentialités du principe en droit constitutionnel allemand, la Cour de Karlsruhe paraît plutôt optimiste quant à la justiciabilité du principe en droit de l'Union Européenne (28). Dans sa décision relative au Traité de Maastricht, elle avait d'ailleurs affirmé que le principe de subsidiarité, « au respect duquel la Cour de justice européenne se doit de veiller, doit permettre de respecter l'identité nationale des Etats membres et de préserver leurs compétences. Le point de savoir dans quelle mesure le principe de subsidiarité fera obstacle à une érosion des compétences des Etats membres et empêchera, ainsi, que des attributions et compétences du Bundestag soient vidées de leur substance dépend de la jurisprudence de la Cour de justice européenne, tenue au respect du principe de subsidiarité » (29).

§1. Les limites substantielles et structurelles à la justiciabilité du principe de subsidiarité

526. Le principe de subsidiarité comporte des limites intrinsèques découlant de sa nature ambivalente (A) mais aussi des limites structurelles (B).

A. Les limites substantielles principe de subsidiarité

527. Un contrôle juridictionnel du principe de subsidiarité ne saurait pallier aux difficultés de son application politique. En effet, les critères juridictionnels de contrôle du principe de subsidiarité ne sont pas plus précis que ceux auxquels se réfèrent les institutions. Désireuse d'éviter que le principe posé par l'article 5§3 ne soit utilisé dans un sens exclusivement descendant, la Cour risque de rectifier le tir à l'excès et de créer un déséquilibre au profit de la Communauté.

La distinction doctrinale entre subsidiarité politique et subsidiarité judiciaire contribue à limiter le contrôle juridictionnel de l'article 5§3. Les critères de la subsidiarité politique dépasseraient ceux posés par l'article 5§3. Or l'application de certains d'entre eux obligerait la Cour à se prononcer sur des questions qui dépassent ses compétences. Le critère d'application est la nécessité de l'action. La Communauté n'intervient que pour ce qui est indispensable. Pour agir, l'Union doit d'abord prouver qu'il existe un besoin d'agir en commun⁸⁵⁹.

528. La capacité de la société et de l'individu à agir seuls doit être examinée. Elle doit ensuite montrer qu'une collaboration informelle serait très difficile ou impossible à achever⁸⁶⁰, selon le test de la « crédibilité de coopération »⁸⁶¹. L'efficacité de l'action ne peut être garantie qu'au niveau de l'Union Européenne. Enfin, il faut se demander « dans quel domaine il s'agit, au nom de l'égalité, de l'opportunité et de la sécurité juridique, de prévoir des règles uniques et contraignantes ».

⁸⁵⁹Noura KARAZIVAN and Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities Within the Canadian Federation », 2010 49-1 *Canadian Business Law Journal* 1. pp. 1-38.

⁸⁶⁰ Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201

⁸⁶¹Jacques PELKMANS, « Testing for Subsidiarity », Bruges European Economic Policy Briefings, No 13 (février 2006), p. 910, online:<<http://www.coleurop.be/content/studyprogrammes/eco/publicaitons/BEEPs/BEEP13.pdf>>

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

529. S'il appartient à la Cour de rechercher la sécurité juridique, comme le recommande le dernier critère mentionné, son contrôle de l'opportunité d'une décision semble plus problématique.

L'application par la Cour du principe de subsidiarité peut lui poser problème dans la mesure où la coordination des compétences de l'Union Européenne et des compétences étatiques nécessite une évaluation concrète de chacune d'entre elles. Cependant, les critères d'application de l'article 5§3 apparaissent comme n'étant pas toujours clairs lorsque les capacités d'agir de la Communauté et des Etats sont équivalentes.

B. Les limites structurelles

530. La Cour de justice bénéficie d'un pouvoir quasi discrétionnaire pour déterminer à qui bénéficie le principe de subsidiarité. Il devient difficile d'établir dans quelle condition elle serait fondée à contester la légitimité d'un choix politique sur l'organisation des compétences. Cette difficulté est accentuée par la procédure plaçant le contrôle judiciaire en aval de l'examen des textes par le Parlement.

La Cour contrôle a posteriori⁸⁶² le respect du principe de subsidiarité⁸⁶³. La question se pose de savoir si un contrôle a priori du principe de subsidiarité par la Cour permettrait un plus grand respect de ce dernier. En effet, le contrôle a posteriori de la Cour a d'autant moins lieu d'être si la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne a été soigneusement évaluée avant son entrée en vigueur. Le Parlement européen a donc suggéré d'introduire un article 172 bis dans le traité CE conférant à la Cour de justice le droit de déterminer si une proposition outrepassait les limites de la compétence de l'Union Européenne. La saisine de la Cour aurait lieu après l'adoption d'un acte, mais avant son entrée en vigueur, et serait le fait

⁸⁶² Les 1^{er} et 2 juin 95, une rencontre destinée à préparer la conférence intergouvernementale de 1996 eut lieu à Messine, le rapport de ce groupe fut présenté lors du Conseil européen de Madrid les 15 et 16 décembre 1995.

La Conférence intergouvernementale de 1996 déboucha sur le Conseil européen d'Amsterdam du 16 juin 97, le protocole sur le principe de subsidiarité a failli se solder par un échec.

<http://www.europarl.europa.eu/>, consulté le 12 juin 2012

⁸⁶³ Stéphane LECLERC, *L'essentiel du droit des institutions de l'Union Européenne*, Collection « Les carrés droit, science politique », Paris, Gualino, 3^e éd., 2012-13, 158 p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

aussi bien des États que des institutions⁸⁶⁴. Cette proposition n'a pas été retenue⁸⁶⁵.

531. Lors des discussions menées sur le thème de la subsidiarité au sein de la Cour, tout au long de la convention sur l'avenir de l'Europe⁸⁶⁶, des réserves avaient été exprimées sur l'exercice par la Cour d'un contrôle a priori des propositions de la Commission. Le risque étant de conférer à la Cour un rôle politique en l'incluant dans le processus législatif. Cependant, une institution politique pourrait exercer un semblable contrôle, la Cour se réservant la possibilité d'un contrôle a posteriori de façon exceptionnelle.

La proposition française de créer une chambre ou un cénacle de la subsidiarité rencontra également la méfiance de la Cour, craignant qu'une telle institution ne procède à une appréciation politique du principe.

532. Si le principe de subsidiarité ne semble pas en mesure d'éviter tous débordements des compétences de l'Union Européenne sur les compétences étatiques, il ne permet pas non plus de pleinement garantir la fonction ascendante de la subsidiarité dans la mesure où le contrôle de la Cour de justice ne porte que sur les interventions de l'Union Européenne.

Consciente de la crainte suscitée par un contrôle juridictionnel abusif, la Cour procède à une autolimitation de ses compétences de contrôle.

§2. L'interprétation stricte du principe de subsidiarité

533. La Cour, quoiqu'elle se prononce sur la validité de l'exercice de compétences comme le ferait une Cour constitutionnelle fédérale⁸⁶⁷, refuse d'exercer un véritable contrôle de constitutionnalité.

En principe, la Cour de justice peut invalider une norme de l'Union Européenne si elle considère qu'elle est justifiée à tort par le principe de subsidiarité. Son contrôle porte sur la motivation des actes des institutions au regard du principe de subsidiarité. Dans son arrêt du 21 novembre 1991, *Technische Universität*

⁸⁶⁴« Le principe de subsidiarité.» Parlement européen: fiches techniques. Sur <http://www.europarl.europa.eu/> (consulté le 7 novembre 2013)

⁸⁶⁵Hervé BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la Communauté et ses Etats membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992 n4 p. 389-338.

⁸⁶⁶Francis JACOBS, avocat général de la CJUE, (Février 2002-Juillet 2003). « Convention sur l'avenir de l'Union Européenne. »

⁸⁶⁷Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4e éd., Paris, Litec, 2010, 830 p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

München⁸⁶⁸, la Cour impose aux institutions l'obligation de motiver de façon approfondie l'exercice de leur pouvoir.

Pourtant, le principe de subsidiarité n'a pour l'heure jamais été utilisé pour censurer l'acte fondé sur la subsidiarité ; il apparaît ainsi encore moins efficace que le moyen tiré du détournement de pouvoir. Le principe de subsidiarité permet ainsi, de façon négative, de renforcer l'autorité du législateur en écartant les moyens tirés de son incompétence.

534. La Cour, depuis le début des années 2000, est passée d'un contrôle minimum à un contrôle normal du respect du principe de subsidiarité par les actes législatifs⁸⁶⁹.

La Cour, ayant d'abord rendu des arrêts concernant des actes législatifs, a d'abord considéré que les éléments d'opportunité rendaient « impossible un contrôle de la Cour de justice allant au-delà de la vérification de l'erreur manifeste ou l'absence de détournement de pouvoir⁸⁷⁰ ». La Cour s'est d'abord limitée à un contrôle purement formel de la motivation. Cette motivation pouvant être implicite.

Consciente des appréciations politiques et sociales, complexes et subjectives, souvent nécessaires à l'application du principe de subsidiarité, la Cour tente de se borner à l'aspect juridictionnel de ce principe et à ne pas se prononcer sur l'opportunité du partage des compétences qui relève de choix politiques controversés⁸⁷¹. La Cour ne veut pas substituer sa propre interprétation à celle des institutions, légiférant ainsi à leur place. Elle exerce un contrôle minimum qui ne saurait prévenir toute application infondée de cette doctrine.

⁸⁶⁸Arrêt de la Cour du 21 novembre 1991. Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte. C-269/90, Rec. Ip. 5469, <http://eur-lex.europa.eu/>, (consulté le 22 novembre 2013)

⁸⁶⁹Georges VANDERSANDEN, *Considérations sur le principe de subsidiarité*, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Velu, Bruxelles, Bruylant, 1992. p. 193, spéc. p. 207.

⁸⁷⁰Bertrand BRUNESSEN., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne », 2012, en ligne: <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00804142>> (consulté le 14 novembre 2013).

Revue trimestrielle de droit européen, ISSN 0035-4317, Vol. 48, N° 2, 2012, pp. 329-354.

⁸⁷¹Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Edimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre 1993 ou *Revue trimestrielle de droit européen* n147.

In Stéphane LECLERC, *L'essentiel du droit des institutions de l'Union Européenne*, Collection « Les carrés droit, science politique », Paris, Gualino, 3^e éd., 2012-13, 158. p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Les juges restent prudents, ils se réfèrent peu à ces principes. Dans sa communication de décembre 1990, la Cour avait indiqué qu'elle ne censurerait, dans le cas de la subsidiarité, que l'erreur manifeste d'appréciation⁸⁷², ce qui pourrait expliquer le peu de saisine de la Cour et la réserve de la jurisprudence. Les institutions conservent donc une marge de manœuvre d'autant plus étendue que les notions de « réalisation suffisante » et de « meilleure réalisation » , au cœur de l'article 5⁸⁷³ sont vagues.

535. La Cour a précisé qu'il n'était pas nécessaire que figure de façon expresse une référence à la subsidiarité dès lors qu'il était démontré que l'action de l'Union Européenne était nécessaire⁸⁷⁴.

De façon similaire, la Cour de justice refuse le plus souvent de se prononcer sur l'opportunité d'une décision lorsqu'elle contrôle le respect du principe de proportionnalité⁸⁷⁵. La proportionnalité, intrinsèquement liée à la subsidiarité⁸⁷⁶, est depuis longtemps prise en compte par la Cour comme élément d'interprétation pour la délimitation des compétences permettant aux institutions d'imposer des obligations aux particuliers, notamment aux opérateurs économiques. Ce faisant, la Cour souhaite laisser aux institutions une large marge d'appréciation⁸⁷⁷.

Cette autolimitation est perceptible dans de nombreuses décisions de la Cour suprême et de la Cour de justice.

⁸⁷²Communication de la Cour de justice du 20 déc. 1990 à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991.

⁸⁷³Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, art. 5.

⁸⁷⁴*Royaume-Uni /Conseil* de l'Union Européenne, Affaire C 84/94, 12 novembre 1996

De façon comparable, la Cour suprême du Canada considère qu'il n'est pas nécessaire que la Cour mentionne explicitement l'urgence pour qu'elle soit caractérisée.

⁸⁷⁵La Cour a précisé lors de la conférence interinstitutionnelle de 1990 qu'elle exerçait déjà un contrôle de proportionnalité qui lui était apparenté; ce contrôle s'exerçant dans les limites extrêmes de son pouvoir d'appréciation.

2^e et 3^e Conférence Inter-Gouvernementale, les 28 et 29 Octobre 1990 à Rome, http://www.cvce.eu/content/publication/2003/7/10/7524b7cb-7538-4283-a831-da2b7357813a/publishable_fr.pdf, consulté le 12/06/12

⁸⁷⁶ Sur le lien entre proportionnalité et subsidiarité cf entre autres: *Allemagne/Conseil*, Affaire C-426/93, 9 novembre 1995, Rec. p. I-3723, point 42.

⁸⁷⁷Noura KARAZIVAN and Jean-François GAUDREAU-DESBENS, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities Within the Canadian Federation » , 2010 49-1 *Canadian Business Law Journal* 1. pp. 1-38.

Sous-section 2. Les décisions exprimant une autolimitation des Cours

536. La Cour de justice s'abstient parfois de se prononcer sur l'applicabilité du principe de subsidiarité alors qu'elle en aurait l'occasion (§1). La Cour suprême, pour sa part, éprouve quelques réticences à formuler une théorie fédérative (§2).

§1. Une autolimitation de la Cour de justice

Nous examinerons maintenant des décisions où ce n'est pas tant le sens de la subsidiarité qui pose problème à la Cour que l'applicabilité de ce principe.

Dans certains cas, la Cour s'abstient d'appliquer le principe de subsidiarité alors que l'une des parties l'invoque (A). Dans d'autres, elle reconnaît son applicabilité pourtant contestée par certaines parties (B).

A. L'abstention de la Cour d'appliquer la subsidiarité

537. La Cour n'explique pas toujours son abstention d'examiner des moyens tirés du principe de subsidiarité⁸⁷⁸. Elle le fait parfois, délimitant ainsi la sphère de justiciabilité du principe de subsidiarité (1). Dans les hypothèses où, la norme contestée ayant été annulée sur un autre fondement, le contrôle de subsidiarité n'est pas nécessaire, la Cour, jugeant *in concreto*, s'abstient de se prononcer sur son applicabilité potentielle (2).

1. Les hypothèses d'inapplicabilité du principe de subsidiarité

538. Dans l'affaire *Ketelsen*, la Cour refuse d'appliquer le principe de subsidiarité de façon rétroactive⁸⁷⁹. Dans *Elf Aquitaine / Commission*, la Cour refuse d'examiner le principe de subsidiarité comme moyen nouveau, ce principe étant de toute façon inapplicable aux compétences exclusives de la

⁸⁷⁸Michaniki, Affaire C-213/07, 16 décembre 2008, §24

⁸⁷⁹Ketelsen, Affaire C-37/97, 22 octobre 1998

Enfin, s'agissant de la violation du principe de subsidiarité, il y a lieu de constater que l'article 3 B, deuxième alinéa, du traité n'était pas encore en vigueur au moment de l'adoption des règlements n^{os}1765/92 et 2066/92 et que cette disposition ne saurait se voir conférer une portée rétroactive.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Communauté⁸⁸⁰. Enfin, dans *Commission / Allemagne* ⁸⁸¹, la Cour considère que le principe de subsidiarité ne s'applique pas aux compétences de contrôle.

Dans *Commission/ Portugal*, la Cour, sans se prononcer sur le respect du principe de subsidiarité invoqué par la république portugaise, considère qu'il ne peut être invoqué en l'espèce car « un État membre ne saurait utilement invoquer l'illégalité d'une directive ou d'une décision dont il est destinataire comme moyen de défense à l'encontre d'un recours en manquement fondé sur l'inexécution de cette décision ou sur la méconnaissance de cette directive » ⁸⁸².

2. Les hypothèses d'inutilité d'une application de la subsidiarité

539. La Cour n'examine pas un moyen tiré du principe de subsidiarité lorsque la norme contestée est annulée sur d'autres motifs. Dans *Commission / Italie*⁸⁸³, dans *Allemagne c/Parlement européen et Conseil de l'Union*⁸⁸⁴, la Cour, sans écarter l'applicabilité du principe de subsidiarité, annule la norme européenne contestée sur d'autres motifs. Dans *Imperial Tobacco e.a.*⁸⁸⁵, l'invalidité de la directive contestée a été reconnue par une autre décision de la Cour.

540. Dans *Tremblay e.a. / Commission*, les requérants demandent à la Cour d'annuler la décision du Tribunal selon laquelle « il ressort des points 6 à 8 de la décision litigieuse que la Commission a fondé le rejet des plaintes des requérants non sur le principe de subsidiarité, mais sur le seul motif d'un défaut d'intérêt de l'Union Européenne suffisant⁸⁸⁶ ». La Cour confirme cependant la décision du Tribunal.

⁸⁸⁰*Elf Aquitaine / Commission*, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011

⁸⁸¹*Commission / Allemagne*, Affaire C-539/09, 15 novembre 2011, §40

⁸⁸²*Commission des Communautés européennes/ Portugal*, Affaire C-53/05, 6 juillet 2006, §29, 230

François MARIATTE, « Vice de transposition de la directive « droit de location et de prêt au Portugal » », *Jurisclasseur Europe*, n10 Octobre 2006, Commentaire 284, p. 20

⁸⁸³*Commission / Italie*, Affaire C-326/07, 26 mars 2009, §25, 67

⁸⁸⁴*Allemagne c/Parlement européen et Conseil de l'Union*, Affaire C-376/98, 5 octobre 2000

⁸⁸⁵*Imperial Tobacco e.a.*, Affaire C-74/99, 05 octobre 2000

⁸⁸⁶*Tremblay e.a. / Commission*, 24 octobre 1996, Affaire C-91/95 P, §7, à 8 et 20 à 23

B. L'application du principe de subsidiarité par la Cour de justice

541. Dans *British American Tobacco Product*⁸⁸⁷, en dépit de l'opposition du gouvernement belge et du Parlement, la Cour se réfère au principe de subsidiarité. L'interprétation large du champ d'application du principe de subsidiarité dans la jurisprudence récente peut être perçue comme une volonté de renforcer la légitimité des interventions de l'Union Européenne.

Dans cet arrêt, les requérants soutiennent que le principe de subsidiarité ne s'applique pas à la directive contestée⁸⁸⁸. En effet, le principe de subsidiarité mentionné dans le droit originaire ne s'applique qu'aux compétences partagées. Or le marché commun relèverait de la compétence exclusive de la Communauté⁸⁸⁹. La Cour, si elle reconnaît son incapacité à remettre en question des compétences dévolues à la Communauté par les traités⁸⁹⁰, considère « que le principe de subsidiarité s'applique lorsque le législateur de l'Union Européenne recourt à l'article 95 CE, dans la mesure où cette disposition ne lui donne pas une

⁸⁸⁷British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

⁸⁸⁸British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

175 Le gouvernement belge et le Parlement soutiennent que le principe de subsidiarité ne s'applique pas à la directive, dans la mesure où ce principe n'est applicable que dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté, alors que la dite directive, adoptée en vue de la réalisation du marché intérieur, relèverait d'une telle compétence exclusive.

⁸⁸⁹ Une question semblable s'est posée relativement à l'applicabilité de la subsidiarité à la nouvelle approche. La Commission s'est référée à ce principe; l'article 3B ne faisant « qu'entériner un état de fait »

Caillaud, F. A. (1998). « Le concept de subsidiarité et la nouvelle approche en matière de libre circulation des marchandises » , Liège, *RAE LEA* 67.

⁸⁹⁰British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

178 Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au traité instituant la Communauté européenne, précise à son paragraphe 3 que le principe de subsidiarité ne remet pas en question les compétences conférées à la Communauté par le traité, telles qu'interprétées par la Cour.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur » ; sa position se fonde sur la jurisprudence récente⁸⁹¹.

Dans *Alliance for Natural Health e.a* et dans *National Association of Health Stores e.a*, la Cour se réfère à l'arrêt *British American Tobacco* pour reconnaître l'applicabilité du principe de subsidiarité à l'article 95 CE, cette disposition devant être interprétée comme ne donnant pas à la Communauté une compétence exclusive⁸⁹².

§2. Une autolimitation de la Cour suprême

542. Désireuse de reconnaître la légitimité des institutions politiques pour accomplir cette tâche(B), la Cour suprême s'abstient autant qu'elle le peut d'adopter une théorie fédérative (A). Les lois bénéficient d'une présomption de constitutionnalité⁸⁹³.

A. La réticence de la Cour suprême à adopter une théorie fédérative

543. Eugénie Brouillet analyse une trentaine de décisions précédant 2004⁸⁹⁴ et en conclut que la Cour suprême n'avait pas élaboré de théorie fédérative jusqu'au *Renvoi sur le rapatriement* et jusqu'à celui sur la sécession⁸⁹⁵. Le plus souvent la Cour adoptait une conception moderne du partage des compétences, favorisant un chevauchement des pouvoirs entre les ordres de gouvernement. Elle

⁸⁹¹British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §179

⁸⁹²The Queen, à la demande de Alliance for CJCE 12 juill.2005, *Natural Health etNutri-Link*, C-154/04 et C-155/04, Rec. I-6451.

Health etNutri-Link Ltd contre Secretary of State for Health (C-154/04) et The Queen, à la demande de National Association of Health Stores et Health Food Manufacturers Ltd contre Secretary of State for Health et National Assembly for Wales (C-155/04).

Affaires jointes C-154/04 et C-155/04, §103

⁸⁹³Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2 ed. Cowansville Editions Yvon Blais, 1990, 1548 p.

⁸⁹⁴Eugénie BROUILLET, « , « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. » 45 Les Cahiers de droit. 7-67 2004. pp.7-69.

⁸⁹⁵Renvoi : résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

adoptait parfois une conception ancienne lorsque cela favorisait le pouvoir fédéral. Après 2004, la Cour suprême a eu l'occasion de revenir sur le principe fédératif⁸⁹⁶.

544. Si la Cour suprême semblait attachée à l'idée de fédéralisme dans certains renvois, elle semblait moins s'en soucier dans sa jurisprudence fédérative, relative au partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement⁸⁹⁷. Elle ne suit pas toujours de théorie fédérative claire et ne semble se référer au principe de fédéralisme que pour combler des vides constitutionnels.

Le principe fédératif implique un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes ou non subordonnés entre eux dans un certain nombre de matières réservées à leurs pouvoirs législatifs exclusifs ; cette autonomie étant consacrée dans une constitution écrite dont le respect est contrôlé par un arbitre neutre. La Cour est, dans la pratique, obligée de jouer un rôle dans le maintien de l'équilibre fédératif. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*⁸⁹⁸, la Cour énonce ce qu'elle considère comme les principaux aspects normatifs et objectifs du fédéralisme, appliquant ainsi sa décision *Renvoi sur la sécession* au partage des compétences⁸⁹⁹.

545. Cependant, le principe de fédéralisme, dans son sens juridique, ne gomme pas toute incertitude dans l'interprétation du partage des compétences et dans l'adaptation de ce partage aux évolutions contextuelles.

B. La volonté de la Cour de laisser aux institutions politiques le soin d'élaborer une théorie fédérative

546. La conception moderne adoptée par la Cour en matière de partage des compétences a pour conséquence une revalorisation du rôle des institutions politiques dans la définition de ce partage, au détriment du contrôle qu'elle exercerait elle-même. Ainsi, insiste-t-elle dans le *Renvoi relatif à la loi sur l'assurance emploi* sur le rôle des gouvernements dans la définition de l'équilibre entre les pouvoirs provinciaux et fédéraux⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs. » *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2010 3 [en ligne: http://www.aqdc.org/volumes/pdf/Eugénie_Brouillet.pdf]

⁸⁹⁷Eugénie BROUILLET, « , « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. » 45 *Les Cahiers de droit*. 7-67 2004, pp.7-69.

⁸⁹⁸*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3.

⁸⁹⁹*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁹⁰⁰*Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*(Can.), art. 22 et 23, [2005] CSC 56. Note 6 § 10.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Pour la Cour suprême, le fédéralisme serait un concept politique plus que juridique. Il reviendrait aux institutions politiques d'assurer l'adaptation du droit aux nécessités nouvelles de la société. Il semble qu'en adoptant une telle position, la Cour suprême fasse preuve d'une autolimitation car le fédéralisme possède bien un contenu normatif.

547. La Cour reconnaît qu'elle doit « établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements inévitables »⁹⁰¹ afin de concilier la nécessité de préserver l'unité nationale avec celle de maintenir une certaine diversité. Cependant, elle confirme que « concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements » , adoptant ainsi une attitude de retenue judiciaire.

Elle semble attacher une certaine importance à l'accord qu'auraient trouvé les gouvernements puisque le contrôle est concret et intervient a posteriori⁹⁰². Elle n'intervient qu'en cas de différends entre eux.

La Cour suprême, comme la Cour de justice, se limite donc dans son contrôle de la subsidiarité. Un contrôle performant des mécanismes de subsidiarité implique pourtant un contrôle substantiel.

⁹⁰¹*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, p. 24.

⁹⁰²*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique* (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146, §72

Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan, [2005] CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada inc., [2007] 2 R.C.S. 86.

SECTION 2. UN CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA SUBSIDIARITE EN DEÇA DE SON POTENTIEL

548. Dans les hypothèses mêmes où la Cour suprême et la Cour de justice acceptent de contrôler les mécanismes de subsidiarité; elles se bornent le plus souvent à une recherche de l'intention du législateur (*sous-section 1*). Une évolution favorable à un contrôle substantiel demeure possible (*sous-section 2*).

Cette orientation des jurisprudences de la Cour de justice et de la Cour suprême s'explique par leur raison d'être. Pour comprendre la jurisprudence relative au partage des compétences élaboré par la Cour de justice, il faut se référer aux motivations ayant amené les entités englobées à s'unir. Les Etats européens comme les provinces canadiennes ont entendu préserver leurs intérêts communs. Pour ce faire, les entités englobées doivent agir de concert dans des domaines où chacune agissait auparavant de façon spécifique. Pour harmoniser leurs pratiques, elles doivent se plier à des règles communes. Ces règles ne seront suivies par une province que si elle a la conviction que les autres feront de même. L'existence d'une Cour commune compétente pour sanctionner le non-respect de l'une de ces règles permet de maintenir cette conviction et, par conséquent, le respect des règles. Lorsqu'elles résolvent des conflits de droit, les Cours poursuivent leur mission, préserver le bon fonctionnement du droit canadien ou du droit de l'Union Européenne.

Sous-section 1. L'autolimitation des Cours à la recherche de l'intention du législateur

549. La Cour semble se limiter dans son contrôle, reconnaissant la nécessité de l'action dès lors qu'elle entre dans le champ d'une compétence de l'Union Européenne et « ne semblant pas distinguer l'attribution d'une compétence de la nécessité de l'action ». La Cour de justice (§1) et la Cour suprême (§2) semblent se borner à rechercher l'intention du législateur.

§1. L'autolimitation de la Cour de justice

550. La Cour de justice se contente de contrôler la motivation par le législateur du respect du principe de subsidiarité par son intervention (A). Elle considère qu'il revient aux requérants de prouver sa violation par l'intervention de l'Union Européenne (B).

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

A. Un contrôle juridictionnel formel de la motivation des dispositions attaquées

551. Nous donnerons ici quelques exemples parmi les décisions dans lesquelles la Cour se borne à un contrôle purement formel de la subsidiarité⁹⁰³. La Cour de justice se borne à contrôler l'existence d'une justification de l'intervention de l'Union Européenne dans *Allemagne/ Parlement et Conseil* (1), dans *Pays-Bas / Parlement et Conseil* (2), dans *AvestaPolarit Chrome Oy et Commission / Estonie*(3) ainsi que dans *Vodafone e.a.*(4) et dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne et dans Allemagne c/Parlement européen et Conseil de l'Union* (6). L'avocat général dans *British American Tobacco Product* semble favorable à un contrôle limité des motivations du principe de subsidiarité par la Cour (5).

552. Un contrôle formel de la motivation dans *Allemagne/ Parlement et Conseil*

553. Dans *Allemagne/ Parlement et Conseil*⁹⁰⁴, le gouvernement allemand soutient que la Cour n'a pas satisfait à son obligation de motivation du principe de subsidiarité. La Cour se borne à citer les dispositions de la directive contenant une telle motivation pour montrer le respect de cette obligation sans s'attarder sur le contenu de cette motivation. Cette argumentation de la Cour est compréhensible dans la mesure où l'argument de l'Allemagne porte sur le non-respect de l'obligation de motivation et non sur le non-respect du principe de subsidiarité. Tel n'est pas le cas dans de nombreux autres arrêts où la Cour se contente de citer une directive pour monter que le principe de subsidiarité a été respecté alors que le non-respect de ce principe est invoqué par les partis.

⁹⁰³ Cette liste n'est pas exhaustive.

Dans *Panellinos Syndesmos Viomichanion Metapoisis Kapnou/ Ypourgos Oikonomiaskai Oikonomikon, Ypourgos Agrotikis Anaptyxiskai Trofimon*, Affaire C-373/11, 13 juillet 2011, §24, la Cour, sans l'appliquer à l'espèce, se contente de faire mention de l'article 5.

Dans *Commission / Estonie*, Affaire C-505/09 P, 29 mars 2012, §43, §46, §81, la Cour cite le principe de subsidiarité sans se prononcer directement sur le problème posé par les parties, à savoir si l'application par le Tribunal du principe de subsidiarité vient limiter les compétences de la Commission.

Artegoda GmbH/ Commission européenne et République fédérale d'Allemagne, Affaire C-221/10 P, 19 avril 2012, § 75, refus de la cour de considérer que les règles de répartitions des compétences génèrent des droits pour les particuliers.

⁹⁰⁴ *Allemagne/ Parlement et Conseil*, Affaire C-233/94, 13 mai 1997, §22 à 29

554. Un contrôle formel de la motivation dans la décision Pays-Bas / Parlement et Conseil

555. Dans Pays-Bas / Parlement et Conseil, la Cour se limite à reconnaître l'impact immédiat de la protection des inventions biotechnologiques sur le commerce intérieur de l'Union Européenne pour établir que, en raison des dimensions et des effets de l'action envisagée, le bon fonctionnement du marché intérieur n'aurait pu être atteint par une action commune des États membres⁹⁰⁵. La Cour, pour vérifier « concrètement » le respect du principe de subsidiarité affirme « que l'objectif recherché par la directive, consistant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur en prévenant, voire en éliminant, des divergences entre les législations et pratiques des différents États membres dans le domaine de la protection des inventions biotechnologiques, n'aurait pas pu être atteint par une action entreprise au niveau des seuls États membres ».

556. La Cour se réfère à « l'objectif recherché par la directive ». Elle ne recherche pas si l'objectif apparent de la directive correspond à son objectif réel.

3. Un contrôle formel de la motivation dans la décision AvestaPolarit Chrome Oy et dans Commission / Estonie

557. Dans *AvestaPolarit Chrome Oy*, la Cour se réfère à l'intention du législateur de l'Union Européenne pour constater le respect du principe de subsidiarité⁹⁰⁶.

Dans *Commission / Estonie*, la Cour refuse de « limiter les pouvoirs du législateur de l'Union⁹⁰⁷. Le contrôle de la subsidiarité proposé par le Tribunal aboutirait, selon elle, à une telle restriction.

L'avocat général laisse à l'appréciation du législateur la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne, il se contente de reconnaître que « lorsque le choix du législateur ressort d'une façon claire et univoque de l'acte concerné, il n'appartient pas aux juridictions de l'Union de substituer leur appréciation à celle du législateur par le biais d'une interprétation téléologique⁹⁰⁸ ». Cette formulation laisse supposer que la Cour ne détiendrait qu'un pouvoir d'interprétation de la volonté du législateur et non un véritable pouvoir de contrôle.

⁹⁰⁵ *Pays-Bas / Parlement et Conseil*, C-377/98, Affaire 09 octobre 2001, §32

⁹⁰⁶ *Avesta Polarit Chrome Oy.*, Affaire C-114/01, 11 septembre 2003, §57

⁹⁰⁷ *Commission / Estonie*, C-505/09 P, 29 mars 2012, §43, 46, 81

⁹⁰⁸ Conclusions de l'avocat général Trstenjak présentées le 17 novembre 2011. Dans *Commission / Estonie*, C-505/09 P, 29 mars 2012, §59

4. Un contrôle limité de la motivation dans la décision Vodafone e.a.

558. La Cour ne semble pas prendre en considération (b) l'opinion de l'avocat général lui recommandant de procéder à un contrôle substantiel du respect du principe de subsidiarité (a).

a. Le contrôle substantiel de la subsidiarité proposé par l'avocat général

559. Selon l'avocat général, la simple intention du législateur de respecter le principe de subsidiarité ne suffit pas à prouver son respect; le contrôle de la Cour devrait consister en un véritable bilan coût avantage⁹⁰⁹, sans se substituer pour autant au jugement du législateur : « la Cour ne substitue pas son jugement à celui du législateur de l'Union Européenne, mais impose seulement à celui-ci de prendre la subsidiarité au sérieux »⁹¹⁰.

b. Le contrôle formel de la Cour

560. La Cour, contrairement aux recommandations de l'avocat général, se contente de se référer aux termes du protocole contesté pour établir que le principe de subsidiarité ne remet pas en question les compétences conférées à la Communauté par le traité, telles qu'interprétées par la Cour⁹¹¹ .

5. La position de l'avocat général dans la décision British American Tobacco

561. L'avocat général reconnaît au législateur une large marge d'interprétation du principe de subsidiarité : « le principe de subsidiarité est un concept dynamique qui laisse l'espace nécessaire à l'appréciation du législateur

⁹⁰⁹Concl. av. gén. Poiares Maduro du 1^{er} oct. 2009 sur *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, point 30. « Il faut autre chose que se contenter de mettre en évidence les avantages découlant éventuellement de l'intervention de la Communauté. Cela suppose également de procéder à une évaluation des problèmes ou des coûts éventuels si la question était laissée aux Etats membres » .

⁹¹⁰ Concl. av. gén. Poiares Maduro du 1^{er} oct. 2009 sur *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010, point 30

Une telle décision de réglementer un secteur au niveau de l'Union Européenne plutôt que national exige une justification au regard de l'attachement de l'ordre juridique de l'Union Européenne au principe de subsidiarité. (...)

⁹¹¹British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §73, 74

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

européen », réduisant ainsi l'étendue du contrôle juridictionnel⁹¹². Le fait que l'intervention du législateur de l'Union Européenne soit nécessaire dans le cadre de l'article 95CE suffirait selon lui à prouver la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne en l'espèce⁹¹³. Cet argument est discutable. D'une part, le contrôle de la nécessité de l'action exige une appréciation de la nécessité de la norme contestée en particulier et non de l'intervention du législateur dans une matière envisagée dans sa globalité. D'autre part, nombreuses sont les normes de l'Union Européenne pouvant être rattachées à l'article 95CE. La reconnaissance de la compétence de l'Union Européenne pour toute norme ayant un lien avec l'article 95CE conduirait à un envahissement illimité des compétences étatiques, contraire à l'aspect descendant du principe de subsidiarité. Les modalités d'évaluation de la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne pourraient être précisées ; l'interprète devant désormais évaluer la nécessité d'objectifs se caractérisant par une certaine unicité. Ainsi la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, limite-t-elle la doctrine de l'intérêt national aux sujets se caractérisant par une unicité les rendant indivisibles.

5. Un contrôle formel de la motivation des normes en matière de relations de travail

562. Dans *R.U. c/Conseil de l'Union Européenne*, la Cour de justice a reconnu que le principe de subsidiarité était susceptible d'un contrôle juridictionnel tout en limitant ce contrôle à un contrôle de motivations des normes de l'Union Européenne attaquées.⁹¹⁴

La Cour, pour apprécier la validité d'une directive sur l'aménagement du temps de travail, s'est limitée à noter que le Conseil a constaté que l'objectif envisagé nécessitait une action de l'Union Européenne, sans entrer dans le détail de cet examen.

Le RU pose des principes permettant selon lui d'examiner si l'intervention de l'Union Européenne respecte le principe de proportionnalité. Ce faisant, il impose aux institutions de l'Union Européenne une justification factuelle du respect de ce dernier et reconnaît à la Cour de justice la possibilité de la contrôler. Il appartiendrait selon la Cour à la Grande-Bretagne aux institutions de l'Union

⁹¹²Conclusions de l'avocat général m. L. A. Geelhoed dans CJCE, 10 décembre 2002, British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §135 et 285

⁹¹³Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed sur British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, §136, 137

⁹¹⁴*Royaume-Uni /Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C 84/94, 12 novembre 1996, §55

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Européenne de prouver « l'impossibilité d'atteindre le niveau de protection souhaité par des mesures moins restrictives⁹¹⁵ ».

Le troisième principe reconnaît la nécessité de se référer à des faits, à « l'état de la recherche scientifique » pour évaluer le lien entre les objectifs poursuivis et les objectifs mis en œuvre⁹¹⁶.

La Grande-Bretagne considère enfin qu'« il appartient aux institutions de l'Union Européenne de démontrer que les objectifs poursuivis par la directive seront plus facilement atteints au niveau de l'Union Européenne que par une action au niveau des Etats membres. Or, cette démonstration ferait défaut en l'espèce⁹¹⁷ », sollicitant ainsi un contrôle des motivations par la Cour.

563. Dans *Allemagne c/Parlement européen et Conseil de l'Union*, l'avocat général considère que « Le législateur aurait correctement apprécié et motivé la nécessité d'une action de l'Union Européenne face à la disparité des règles nationales⁹¹⁸ ».

Le traité de Lisbonne ne semble pas avoir marqué de tournant majeur dans la jurisprudence de la Cour. Dans *Commission/ Pologne*⁹¹⁹, la Cour considère, en matière environnementale, que la plus grande efficacité de l'intervention de l'Union ne saurait modifier la répartition des compétences entre la Commission et les États membres, et ce en application du principe de subsidiarité. Elle considère que l'intervention de l'UE respecte ce principe.

B. Le requérant titulaire de la charge de la preuve

⁹¹⁵*Royaume-Uni /Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C 84/94, 12 novembre 1996

Conclusion de M l'avocat général M Philippe Léger « en second lieu, le niveau de protection désiré aurait pu être atteint par des mesures moins restrictives. » *Angelopharm*, C-212/91, 25 janvier 1994, Rec. p. I-171, points 31 et 32). §32 à 37 et 52

⁹¹⁶*Royaume-Uni /Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C 84/94, 12 novembre 1996, §53

⁹¹⁷Conclusion de l'avocat général M Philippe Leger sur *Royaume-Uni /Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C 84/94, 12 novembre 1996, §54

⁹¹⁸*Allemagne/Parlement européen et Conseil de l'Union*, Affaire C-376/98, 5 Octobre 2000, § 9, 22s

Conclusions jointes de l'avocat général Fennelly présentées le 15 juin 2000. §46, 47

⁹¹⁹*Commission/ Pologne*, Affaire C-504/09 P, 29 mars 2012, 78 et 79.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

564. Dans *Suède / Commission* et dans *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, la Cour considère le requérant comme titulaire de la charge de la preuve.

Il semble difficile de tracer une ligne claire entre l'hypothèse où les institutions européennes auraient motivé leur respect du principe de subsidiarité, les requérants ayant la responsabilité de montrer les limites de cette motivation et celle où la motivation des institutions européennes serait défailante.

Dans *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*⁹²⁰, le Conseil fait valoir que « la requête n'a pas explicité en quoi consisterait la prétendue violation du principe de subsidiarité ». Pourtant, il revient aux institutions de l'Union Européenne de prouver que l'intervention de l'Union Européenne respecte le principe de subsidiarité.

Dans *Suède / Commission*⁹²¹, la Cour elle-même reconnaît qu'il revient aux Etats de prouver la violation du principe de subsidiarité puisqu'elle constate que « ni le Royaume d'Espagne, non plus que le Royaume-Uni et la Commission n'ont établi, ni même tenté d'expliquer, la raison pour laquelle (le principe de subsidiarité) s'opposerait à ce que la divulgation de documents émanant des Etats membres et détenus par les institutions de l'Union Européenne dans le cadre de l'exercice de leurs compétences décisionnelles propres puisse relever des dispositions de l'Union Européenne relatives à l'accès aux documents ».

§2. L'évolution du contrôle de motivation par la Cour suprême

565. Le gouvernement fédéral possède une grande latitude dans l'appréciation de l'existence d'une crise (A). Avant le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, la Cour refusait de prendre en considération des preuves extrinsèques, pourtant indispensables à l'évaluation de la nécessité réelle d'une intervention fédérale (B). Cette limitation de la Cour pourrait répondre aux suspicions d'activisme judiciaire qu'elle inspire et selon lesquelles « les institutions démocratiques demeurent le plus légitimes au Canada, la Cour ne saura nullement dicter l'avenir constitutionnel du pays⁹²² ».

⁹²⁰*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011, §74

⁹²¹*Suède / Commission*, Affaire C64/05 P, 18 décembre 2007, §74

⁹²²Danielle PINARD, « Le rôle de la Cour suprême du Canada dans l'affirmation de l'intégration et de la souveraineté » : Actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, tenu à Poitiers en mai 1992. Montréal: Université de Montréal, Faculté de droit.

A. La latitude du gouvernement fédéral pour apprécier l'existence d'une crise

566. La Cour suprême, faisant preuve de « retenue judiciaire », laisse au Parlement fédéral le soin de décider de la nécessité du recours à la théorie de l'urgence dès lors qu'il l'a suffisamment justifiée⁹²³.

Le Parlement possède une large marge dans l'appréciation de l'existence et de la durée d'une crise. Dans *Fort Frances*, les décrets attaqués devaient être appliqués en 1919, époque où les hostilités avaient pris fin. Lord Haldane n'en considéra pas moins que si les tribunaux pouvaient contrôler l'existence d'une crise, ils n'infirmeraient la conclusion du gouvernement qu'en présence d'une preuve « évidente et certaine à l'effet que le gouvernement a erré⁹²⁴ ». Le Parlement fédéral n'a pas à prouver explicitement son respect de la clause Paix, Ordre et Bon gouvernement⁹²⁵, comme il n'a pas à motiver⁹²⁶ son intervention sur la base des pouvoirs généraux que lui confèrent l'article 91⁹²⁷. De même, le Parlement n'a pas à mentionner de façon explicite qu'il intervient dans l'urgence⁹²⁸.

Le juge Laskin, pour justifier les limites du contrôle des tribunaux sur l'application d'une théorie dont on pourrait craindre qu'elle devienne une menace pour l'équilibre fédéral, explique que « la sagesse, l'opportunité ou les chances de succès d'une politique exprimée dans une loi ne sont pas sujets à examen judiciaire⁹²⁹ ». Les juges Beetz et Grandpré, dissidents, estiment que le Parlement devrait explicitement mentionner qu'il se prononce dans le cadre de la théorie de l'urgence⁹³⁰.

⁹²³Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, note 287

⁹²⁴*Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695 (PC), note 426 p. 373

⁹²⁵Cela constitue une différence avec les institutions européennes qui doivent désormais prouver que leur intervention respecte le principe de subsidiarité.

Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, 9 mai 2008, *Journal officiel* de l'Union Européenne C115/201.

⁹²⁷*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art.91

⁹²⁸*Fort Frances Pulp and Paper Co. v Manitoba Free Press Co.*, [1923] A.C. 695 (PC)

⁹²⁹Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 424 425

⁹³⁰Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 463 464

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

B. L'admission par la Cour suprême de « preuves extrinsèques »

567. Dans *le Renvoi sur la Loi anti-inflation*, le Parlement du Canada était intervenu et avait empiété sur les compétences provinciales⁹³¹. Selon lui, le taux d'inflation posait un grave problème incompatible avec l'intérêt national. La question se posait de savoir si le Parlement pouvait avoir recours à la théorie de l'urgence en temps de paix. La Cour reconnaît la validité de la loi fédérale contestée quoique le terme urgence soit absent de son préambule.

Le procureur prend en considération les termes de la loi « l'actuel taux d'inflation ainsi que la gravité du problème national posé par sa réduction et son endiguement ⁹³² ». Le juge en chef Laskin mentionne que le préambule indique l'intention du Parlement « d'introduire un programme d'envergure, dicté par ce qu'il considérait la gravité du problème national ».

La Cour utilise des preuves extrinsèques⁹³³ pour clarifier les circonstances d'adoption de la loi et ainsi établir son objectif.

Le juge en chef reconnaît qu'il s'agit d'apprécier ces éléments de preuve avec réserve. Il revient à la Cour d'apprécier leurs poids respectifs⁹³⁴. Les preuves

⁹³¹Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373

La Loi anti-inflation, adoptée le 15 décembre 1976, autorisait le gouverneur en conseil à prescrire des indicateurs pour la limitation des prix et des marges bénéficiaires, de la rémunération des employés, et des dividendes. La Loi s'appliquait au Gouvernement du Canada et à ses mandataires, ainsi qu'aux gouvernements des territoires et à leurs mandataires. Par accord, l'application des indicateurs pouvait être étendue en totalité ou en partie au secteur public provincial. La Loi prévoyait le contrôle et la réglementation des prix, des profits, des traitements, des salaires, des honoraires et des dividendes au moyen d'un système de surveillance et de limitation des augmentations, le tout pour combattre l'inflation.

⁹³²Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 422.

⁹³³Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S., pp. 386, 387, §1, 924

⁹³⁴Juge en chef Laskin 422, 423. Lorsque, comme en l'espèce, des circonstances exceptionnelles sont à la base du pouvoir législatif en litige, on peut demander à la Cour d'examiner des éléments de preuve extrinsèques des circonstances alléguées, soit à l'appui, soit à l'encontre de la validité de la législation contestée. En examinant ces éléments de preuve et en appréciant leur poids, la Cour ne se demande pas s'ils démontrent l'existence des circonstances exceptionnelles comme on prouve un fait dans une cause ordinaire. Elle est appelée à se prononcer sur une question de politique sociale et économique, c'est-à-dire sur le jugement exercé par le gouvernement et le Parlement. Il est possible que les circonstances

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

extrinsèques ne sont pas seulement utilisées de façon subjective pour identifier la volonté du Parlement ; elles permettent également de déterminer si la loi est rationnellement fondée.

568. La référence à des preuves extrinsèques peut aboutir à des conclusions différentes. Le juge Ritchie s'est, par exemple, contenté de se référer au Livre blanc du Gouvernement afin d'interpréter la phrase « gravité du problème national » du préambule de la Loi, pour déterminer l'existence d'une crise économique⁹³⁵.

La question se pose donc de savoir comment choisir entre plusieurs preuves extrinsèques possible. Il semble difficile d'identifier les éléments de preuves recevables de ceux qui ne le sont pas⁹³⁶.

Le juge Beetz, dissident, considère qu'une loi se fondant sur la théorie de l'urgence doit explicitement le mentionner, ce qui n'est pas le cas en l'espèce⁹³⁷. L'expression « la gravité du problème national » dans le préambule ne satisfait pas à cette condition.

Le juge Beetz admet la référence à des éléments extrinsèques « non pas dans le but d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la Loi anti-inflation, mais pour en rechercher le pivot constitutionnel⁹³⁸ ». Ainsi le juge Beetz se réfère-t-il aux débats constitutionnels pour appuyer sa position⁹³⁹ alors même que l'on considère généralement au Canada que ces débats ne reflètent pas nécessairement l'intention de la majorité⁹⁴⁰. La position du juge Beetz paraît favorable à un contrôle juridictionnel substantiel.

exceptionnelles soient d'une telle notoriété que la Cour puisse en prendre connaissance d'office sans recourir à des éléments de preuve extrinsèque. Lorsque la situation n'est pas aussi claire, les éléments de preuve extrinsèque ne sont requis que pour convaincre la Cour que la loi contestée a un fondement rationnel dans le pouvoir législatif invoqué à l'appui de sa validité.

⁹³⁵Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, 438.

⁹³⁶Renvoi sur le Residential Tenancies Act, 1979

⁹³⁷Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, §466

⁹³⁸Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 p. 470

⁹³⁹Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 p. 472

⁹⁴⁰Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373

Edward G. HUDON, « Quelques mots sur la recevabilité des éléments de preuve extrinsèques devant les tribunaux : le Canada et les Etats-Unis », *Les Cahiers de droit*, vol. 22, n° 2, 1981, p. 371-382.

Voir *Alberta Bank Tax Reference*, [1939] A.C. 117; *Texada Mines Ltd v. Attorney General for British Columbia*, [1960] R.C.S. 713 ; B. L. STRAYER, *Judicial Review of Legislation in Canada* (Toronto, Univ. of Toronto, 1968), pp. 163-166; Peter W. HOGG, « Proof of Facts in Constitutional Cases », (1976) 26 *Univ. of Toronto Law*

Sous-section 2. La possibilité d'un contrôle juridictionnel plus approfondi de la subsidiarité

569. Dans la pratique, l'intégration de considérations contextuelles au contrôle de la Cour de justice (§1) et de la Cour suprême (§2) est possible. Nous tenterons de montrer qu'un tel contrôle s'inscrirait dans la continuité de la jurisprudence de ces cours, ou pour le moins n'induirait pas de rupture marquante, puis nous rechercherons quelles réformes, procédurales entre autres, pourraient conduire au perfectionnement de ce contrôle.

§1. L'évolution vers un contrôle substantiel de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne

570. Le contrôle exercé pour l'heure comporte d'évidentes limites, si l'on peut encore considérer qu'il soit opérant. Un contrôle efficace du principe de subsidiarité semble nécessiter un assouplissement de la distinction entre la subsidiarité politique prévue par les auteurs des traités et la subsidiarité juridique applicable par la Cour.

Il s'agit de « politiser » le contrôle par la Cour du principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité, sur le plan contentieux, doit être appréhendé de façon plus réaliste. Le contrôle juridictionnel pourrait évoluer vers un contrôle maximum, comme l'a fait dans certains cas le Conseil d'Etat français⁹⁴¹.

571. La référence à la jurisprudence de la Cour relative aux compétences permet de proposer des pistes susceptibles d'améliorer l'efficacité du contrôle de l'article 5§3 en dépit de sa nature ambivalente. La Cour de justice, exerçant régulièrement un contrôle du partage vertical des compétences, ne semble pas inhibée dans son contrôle par sa propre jurisprudence (A) mais davantage par le caractère limité de l'argumentation des requérants(B). Les pouvoirs octroyés aux parlements nationaux par le traité de Lisbonne pourraient favoriser la qualité du contrôle de la Cour de justice(C).

Journalize ; R. B. BURGLASS, « The Use of Extrinsic Evidence and the Anti-Inflation Act Reference, » (1977) 9 *Ottawa Law Review* 183 ; D. G. KILGOUR, « The Rule Against the Use of Legislative History : Canon of Construction or Counsel of Caution? » (1952) 30 *Canadian Bar Review* 769; J. A. CORRY, « The Use of Legislative History in the Interpretation of Statutes, » (1954) 32 *Canadian Bar Review* 624.

⁹⁴¹Jurisprudence administrative française s'agissant du contrôle des mesures de police: CE, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n° 17413, , 19 mai 1933, Recueil Lebon 541 ; GAJA, 18^e éd. 2011, n° 45.

A. Le contrôle approfondi du partage vertical des compétences par la Cour de justice

572. La justiciabilité du principe de subsidiarité semble souffrir de la comparaison avec celui de proportionnalité, reconnu comme principe général du droit de l'Union avant même d'être reconnu à l'article 5CE. Pourtant, l'enjeu porté par la subsidiarité est important dans la mesure où elle permet de déterminer à qui appartiendra la compétence⁹⁴².

Le phénomène de « gouvernement des juges » n'est pas fondamentalement nouveau, l'interprétation du principe de proportionnalité le prouve (1). La jurisprudence de la Cour de justice montre la possibilité d'une évolution de l'orientation de la Cour de justice quant à l'appréciation de l'exercice par l'Union de ses compétences (2). Partant de là, un contrôle maximum de la subsidiarité rapprochant la Cour de justice d'une juridiction constitutionnelle⁹⁴³ et même fédérale, reste imaginable.

1. Le contrôle approfondi de la proportionnalité par la Cour de justice

573. Comme le montrent le contentieux de la base juridique ou la mise en œuvre de la théorie des compétences implicites, la Cour de justice s'est régulièrement prononcée sur des questions de répartition verticale des compétences.

La Cour a en particulier accepté de se prononcer sur l'interprétation du corollaire du principe de proportionnalité, corollaire de celui de subsidiarité : « nonobstant la connotation largement politique de ce principe, l'examen, par la Cour, d'un tel moyen, ne poserait pas à celle-ci de problèmes de caractère nouveau. A cet égard, il suffit de renvoyer à un autre principe, peut-être de caractère plus modeste, qui, depuis longtemps, est pris en compte comme élément d'interprétation pour la délimitation des compétences permettant aux institutions d'imposer des obligations aux citoyens de l'Union Européenne, et notamment aux opérateurs économiques, et dont la violation constitue également un moyen d'annulation et

⁹⁴²Walter VAN GERVEN, « Les principes de subsidiarité, proportionnalité », coopération en droit de l'Union Européenne européen, Hacia un nuevoorden internacional y europeo, Estudios en homenaje al Profesor M. Díez de Velasco, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1281.

⁹⁴³Yves GAUDEMET, *Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe*, in Mélanges Amselek Paul, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 315, spéc. p. 321, spéc. p. 329.

« vérifier la conformité d'un acte à un principe fondamental de répartition des compétences, c'est - que l'on veuille ou non - opérer un contrôle de constitutionnalité ; ce qui conduirait logiquement à faire de la Cour de justice des Communautés une Cour constitutionnelle » .

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

d'exception, à savoir le principe de proportionnalité [...]. Si, en appliquant ce principe, également de connotation politique, la Cour a toujours reconnu une marge d'appréciation à l'institution en cause, elle a néanmoins contrôlé le respect par celle-ci des limites extrêmes de ce pouvoir d'appréciation, notamment par sa censure en cas d'erreur manifeste ⁹⁴⁴« .

Une évolution du contrôle de la Cour vers un contrôle substantiel reste possible dans la mesure où elle serait suffisamment argumentée pour ne pas nuire à la prévisibilité du droit.

2. La possibilité d'une évolution de l'orientation de la Cour de justice quant à l'appréciation par l'Union de l'exercice de ses compétences

574. L'exemple des compétences implicites⁹⁴⁵ montre que l'orientation de la Cour quant à l'appréciation par l'Union de l'exercice de ses compétences n'est pas irréversible. La Cour de justice a fini par restreindre dans ce domaine une politique jurisprudentielle très permissive. La question demeure de savoir pourquoi la Cour de justice, plutôt que de se référer à la subsidiarité, a choisi de se référer à la préemption⁹⁴⁶.

La Cour de justice⁹⁴⁷ semble peu à peu reconnaître que « le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres constitue pour l'Union Européenne un devoir.

⁹⁴⁴Joel RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, 2010, 6^e éd., 1464 p.

⁹⁴⁵A nouveau en effet puisque la nécessité d'éviter les divergences entre Etats membres avait déjà conduit la Cour de justice à reconnaître à la Communauté une compétence exclusive en matière de politique commerciale commune *Sociaal Fonds voor de Diamantarbeiders*, Affaire 37 et 38/73, 13 décembre 1973, Recueil 1609, GACJCE, t. 2, 4^e éd. 1997, n° 5).

Cf. note CJCE, avis 1/76, Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, 26 avril 1977, Recueil 741.

Valérie MICHEL, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique » , *Europe*, 2006, n° 10, étude 10

⁹⁴⁶La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande va aussi en ce sens. Cette dernière a limité le critère de la nécessité de sorte « qu'il ne suffit pas que le législateur fasse valoir la diversité des situations. En soi, cette justification est insuffisante. Il faut encore déterminer en quoi cette diversité porte atteinte aux valeurs protégées par la Constitution » J.-V. Louis, *Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité*, p. 301.

⁹⁴⁷Par exemple: *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, Affaire C-208/09, 22 décembre 2010, en ligne: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0208:FR:HTML> (consulté le 13 juin 2013) où la Cour de justice affirme que « conformément à

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen⁹⁴⁸ » .

B. Les moyens susceptibles d'approfondir le contrôle de la subsidiarité par la Cour de justice

575. Un contrôle approfondi de la subsidiarité nécessiterait une redéfinition conceptuelle de ce principe (2) comportant la prise en compte de l'organisation constitutionnelle interne de chaque État membre (1). Or l'argumentation des requérants ne permet pas toujours au juge de prendre en considération les spécificités locales (3).

1. La référence à l'organisation interne de chaque Etat membre

576. Un contrôle approfondi de la nécessité de l'intervention européenne nécessiterait la mise en balance des actions locales et européennes. Or, cette prise en compte semble excessivement complexe et pourrait devenir arbitraire.

577. La Cour de justice ne semble pas favorable à une alternative, le contrôle de l'article 5§3 par les juridictions nationale⁹⁴⁹ potentiellement plus enclines à protéger le droit national, pourraient se montrer plus exigeantes dans l'application des critères de la subsidiarité. Un tel contrôle, en dépit de son efficacité potentielle, pourrait ne pas satisfaire au critère de l'inconditionnalité et, à plus forte raison, aux critères de clarté et de précision. Un moyen permettant de garantir un équilibre entre le contrôle des juridictions nationales et celui des institutions de l'Union Européenne serait de laisser à la Cour de justice l'appréciation de la valeur ajoutée européenne de l'exercice de la compétence partagée au niveau européen, tandis que le juge national s'attacherait au constat

l'article 4, § 2, UE, l'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres, dont fait aussi partie la forme républicaine de l'Etat « (point 92, AJDA 2011. 264, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Constitutions 2011. 332, obs. A. Levade ; RTD civ. 2011. 98, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2011. 571, obs. E. Pataut).

⁹⁴⁸Conclusion de l'avocat général Poiares Maduro dans *Michaniki*, Affaire C-213/07, 8 octobre 2008, Recueil I-9999, point 31, AJDA 2009. 245, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; RDI 2009. 244, obs. R. Noguellou.

⁹⁴⁹Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Collection Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 p.

« Sans douter [des] mérites [du juge national], sa capacité à juger de l'aptitude des Etats à réaliser l'objectif de l'Union Européenne ne saurait être tenue pour acquise » .

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

du critère de l'insuffisance nationale⁹⁵⁰. Ce contrôle constituerait une évolution notable par rapport à l'interprétation initiale de la Cour de justice selon laquelle une intervention des institutions européennes respecterait le principe de subsidiarité dès lors qu'elle apporterait une plus-value dans la réalisation d'un objectif des traités. Alors que la Cour de justice a appliqué le test de l'efficacité comparative et de la valeur ajoutée comme s'ils étaient cumulatifs, le contrôle par les juridictions nationales des critères posés par l'article 5§3 deviendrait effectivement et non plus seulement théoriquement, cumulatif.

578. L'obstacle principal à la « politisation » du contrôle de l'article 5§3 apparaît autant résider dans la faiblesse de l'argumentation des requérants que dans la frilosité de la Cour.

L'utilité d'une prise en compte des capacités étatiques à atteindre un objectif étant admise, il s'agit de déterminer, en cas d'équilibre parfait de la balance, c'est-à-dire d'équivalence entre les capacités étatiques et celles de l'Union Européenne, à qui revient la compétence. Le choix d'une intervention étatique pourrait être justifié par le fait que l'action étatique pourrait contenir des éléments participant de l'identité nationale des États membres. Cette appréciation pourrait se fonder sur l'article 4, § 2, UE relatif au respect par l'Union de l'identité constitutionnelle des États membres, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Les exigences de la subsidiarité seraient remplies par une telle interprétation.

2. La clarification des rapports entre subsidiarité et proportionnalité

579. Dans la mesure où le principe de subsidiarité est associé à un test d'efficacité comparative, la théorie du bilan devrait permettre la mise en œuvre d'un plein contrôle du juge. Ce contrôle juridictionnel serait aussi étendu que celui de la proportionnalité mais cependant distinct de ce dernier. La théorie du bilan se distingue du principe de proportionnalité en ce sens qu'elle s'écarte de la recherche de l'adéquation pour se fonder sur un rapport d'équilibre, ou plus précisément de déséquilibre. Plutôt que d'opérer une conciliation, la Cour soupèse la force des arguments en présence. Ainsi, ne se contente-elle pas de constater la plus-value d'une intervention de l'Union Européenne mais prend-elle aussi en compte les avantages d'une intervention nationale. La Cour pourrait pour cela se

⁹⁵⁰Bertrand BRUNESSEN, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne », 2012, en ligne: <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00804142>> (consulté le 14 novembre 2013).

Ou *Revue trimestrielle de droit européen*, ISSN 0035-4317, Vol. 48, N° 2, 2012, pp. 329-354 p. 329

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

référer à une fiche de la subsidiarité⁹⁵¹. Ainsi pourrait-elle procéder à un contrôle maximum⁹⁵². A cette mise en balance, préconisée par l'avocat général Poiares Maduro⁹⁵³, il faudrait ajouter les coûts d'une action au niveau de l'Union Européenne et l'intérêt d'une action au niveau national. La balance des intérêts devrait permettre d'éviter que le contrôle de l'adéquation ne soit assimilé à un objectif d'uniformité du droit de l'Union. Une inversion de la charge de la preuve renouvèlerait le contrôle de la nécessité.

3. La nécessité d'une argumentation approfondie des requérants

580. Un contrôle substantiel de la subsidiarité ne peut voir le jour sans développement de la preuve de l'insuffisance nationale. Un acte considéré isolément est facilement justiciable. Sa pertinence devient plus difficile à établir s'il est comparé à des normes nationales et locales.

Un contrôle effectif de la Cour nécessiterait la référence à des éléments extrinsèques. La Cour devrait se référer à la capacité de chaque État d'atteindre un objectif et comparer concrètement l'acte à une action entreprise au niveau national.

581. Or la Cour ne se réfère pas à des éléments factuels que les Etats n'auraient pas explicités dans leur motivation. D'une part, elle ne détient pas la légitimité nécessaire pour cela, elle ne peut se substituer au législateur européen. D'autre part, les Etats possèdent des réalités juridiques très diverses. Certains Etats peuvent avoir la capacité d'atteindre un objectif alors que les autres ne l'ont pas.

La Cour a affirmé, dans un arrêt rendu le 12 mai 2011, que l'Etat membre contestant un acte au regard de la subsidiarité n'avait pas suffisamment explicité son argument « de manière à permettre un contrôle juridictionnel sur la question de savoir dans quelle mesure une réglementation nationale pourrait réaliser de manière suffisante l'objectif poursuivi par la directive ».

⁹⁵¹Point n 1 des Points principaux du rapport du Groupe de travail « Subsidiarité » présenté à la Convention européenne les 3 et 4 octobre 2002, en session plénière sur <http://european-convention.eu.int/docs/meetings/1-FR.pdf>, (consulté le 10 novembre 2013)

Président du Groupe de travail : Monsieur Mendez de Vigo

⁹⁵²Jurisprudence administrative française s'agissant du contrôle des mesures de police: CE, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n° 17413, , 19 mai 1933, Recueil Lebon 541 ; GAJA, 18^e éd. 2011, n° 45.

⁹⁵³Conclusion de l'avocat général Poiares Maduro du 1^{er} oct. 2009 sur *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010 , point 30.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

582. Il serait matériellement impossible à la Cour de se référer aux réalités diverses de vingt-huit États. Il revient donc à ces derniers de montrer les moyens dont ils disposent pour atteindre un objectif.

La preuve de la suffisance nationale devrait passer par une argumentation accrue des États, des parlements nationaux et du Comité des régions qui, , comme le recommande Brunessen Bertrand « auraient tout intérêt à rechercher des stratégies sur ce terrain, en opérant par exemple des études d'impact ou des évaluations législatives qui pourraient montrer les inconvénients d'une prise de décision trop centralisée et souligner les types de décisions qui devraient plutôt être pensées au niveau local, régional ou national » . Un contrôle substantiel de la subsidiarité ne peut avoir lieu sans comparaison des interventions étatiques et européennes. Or une telle comparaison pourrait être rendue possible par un approfondissement des motivations des requêtes des parlements nationaux, d'où l'intérêt des innovations du traité de Lisbonne.

C. L'effet des avis de parlements nationaux

583. La motivation des avis des parlements nationaux devrait être approfondie pour rendre possible ce contrôle.

Les avis qui pourraient être rédigés par les parlements nationaux pourraient être plus explicites que ne le sont les arguments actuellement contenus dans les résolutions portant avis motivé sur le principe de subsidiarité adopté par les assemblées Parlementaires françaises, singulièrement par le Sénat⁹⁵⁴. En effet, ces positions se limitent parfois à des affirmations de principe non réellement justifiées⁹⁵⁵, à des arguments plus sociologiques que juridiques⁹⁵⁶. Elles confondent ouvertement subsidiarité et proportionnalité⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴Au 1^{er} mai 2012, le Sénat avait adopté pas moins de 10 avis motivés et 16 projets de textes européens étaient en cours d'examen aux fins du contrôle de subsidiarité. L'Assemblée nationale n'avait, à cette date, adopté que deux avis fondés sur la subsidiarité (résolution européenne de l'Assemblée nationale du 8 nov. 2011 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles ; résolution européenne de l'Assemblée nationale du 15 juin 2011 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de directive modifiant la directive 2003/96/CE restructurant le cadre de l'Union Européenne de taxation des produits énergétiques et de l'électricité).

⁹⁵⁵Résolution du Sénat du 7 févr. 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'établissement de règles et procédures concernant

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Certains arguments employés semblent dénués de rapport avec la subsidiarité. Tel est le cas lorsque ces positions se réfèrent à» l'intelligibilité d'un texte européen « qui serait « une des conditions nécessaires à sa conformité au principe de subsidiarité ⁹⁵⁸« .

Ces résolutions contiennent même parfois des arguments en faveur de l'exercice de la compétence européenne ; c'est le cas lorsque l'une d'elle note une divergence entre Etats membres sur certains aspects concernés par une directive⁹⁵⁹. Un contrôle préventif, même s'il n'est pas activé par un nombre suffisant de parlements nationaux pour aboutir à un réexamen du texte, peut souligner des carences qui pourront être constatées à l'occasion d'un contrôle

l'introduction de restrictions d'exploitation liées au bruit dans les aéroports de l'Union, dans le cadre d'une approche équilibrée, et abrogeant la directive 2002/30/CE du Parlement européen et du Conseil.

⁹⁵⁶La résolution du Sénat du 30 janv. 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux orientations de l'Union pour le développement du réseau transeuropéen de transport évoque ainsi l'argument selon lequel « les Etats membres, avec les autorités locales, restent les mieux placés pour créer les conditions d'une bonne acceptabilité des projets d'infrastructure par les populations riveraines » .

⁹⁵⁷Résolution du Sénat du 24 janv. 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les Etats membres de la zone euro et résolution du Sénat du 4 mars 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des données à caractère personnel qui affirment que le principe de subsidiarité « implique d'examiner non seulement si l'objectif de l'action envisagée peut être mieux réalisé au niveau de l'Union Européenne, mais aussi si l'intensité de l'action entreprise n'excède pas la mesure nécessaire pour atteindre l'objectif que cette action vise à réaliser » .

⁹⁵⁸Résolution du Sénat du 6 mars 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur.

⁹⁵⁹Résolution du Sénat du 10 avr. 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2001/83/CE en ce qui concerne l'information du public sur les médicaments soumis à prescription médicale et de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modif. règl. (CE) n° 726/2004 en ce qui concerne l'information du public sur les médicaments soumis à prescription.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

juridictionnel *a posteriori*⁹⁶⁰. La complémentarité des contrôles *a priori* et *a posteriori* est confirmée par la pratique de ces résolutions par le Sénat qui révèle l'existence d'« avis motivés portant sur le seul défaut de motivation » susceptible de jouer ce rôle⁹⁶¹.

§2. L'évolution vers un contrôle substantiel de la Cour suprême

584. « La vie du fédéralisme canadien ne se réduit pas qu'à des problèmes juridiques. Si elle reste un document juridique, la Constitution fournit un cadre de vie et d'action politique à l'intérieur d'un État fédéral, dans lequel les tribunaux ont légitimement observé l'importance que présente la coopération des acteurs gouvernementaux pour la souplesse du fonctionnement du fédéralisme⁹⁶² ».

La Cour a progressivement dépassé ce contrôle, limité à des questions abstraites de droit, pour effectuer un contrôle de constitutionnalité plus contextuel et réaliste. La Cour s'est ainsi préoccupée de faits généraux permettant d'éclairer les faits ou le droit applicables au litige. Elle utilise dorénavant les termes de « faits sociaux » ou de « faits législatifs ⁹⁶³ ». En interprétant les règles constitutionnelles, la Cour a développé des standards intégrant de plus en plus des considérations factuelles en leur sein même, contribuant à rendre plus floue la

⁹⁶⁰Ce qui, jusqu'à présent, a toujours été le cas. V. la liste des avis motivés des différents parlements nationaux établie par la Commission dans ses rapports annuels « Mieux légiférer », rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0373:FIN:FR:PDF>, (consulté le 22 novembre 2013)

Résolution du Sénat du 26 déc. 2011 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

⁹⁶¹Cf. les deux avis motivés rendus par le Sénat le 27 oct. 2010 (relatifs respectivement à la proposition de règlement concernant la distribution des denrées alimentaires aux personnes les plus démunies de l'Union Et à la proposition de décision établissant le premier programme en matière de politique du spectre radioélectrique)

⁹⁶²Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 43.

⁹⁶³M. Rousseau, « L'admissibilité en preuve des faits législatifs, constitutionnels et socio-économiques: une exception à la règle interdisant le oui-dire », dans: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 167, *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (2002), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002. P. 46.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

distinction entre faits et normes⁹⁶⁴. La Cour a déclaré, dans cette optique, que le contrôle de constitutionnalité ne pouvait se réaliser dans un vide factuel⁹⁶⁵, ce qui procède bien sûr de son ancrage dans la tradition de common law, mais a également insisté sur l'importance d'adopter une approche véritablement contextuelle. Elle se réfère ainsi à des faits généraux, difficiles à prouver. Pourtant rien n'oblige les législatures fédérale et provinciales à mener des enquêtes sur la véracité des faits sociaux mentionnés dans les lois qu'elles adoptent. Elles ne sont généralement pas obligées non plus de les qualifier ou d'agir sur le fondement d'un fait en particulier.

585. En effet, alors que les tribunaux se prononcent de façon ordinaire sur des questions de droit et de fait, la vocation première des législatures est de se prononcer sur des questions de droit et non de fait, bien que ce soit des faits sociaux donnés qui inspirent généralement les interventions législatives. Par conséquent, alors que la légitimité d'une décision de justice dépend de l'exactitude des faits sur lesquels elle se fonde, celle des décisions d'une législature est toute autre ; elle est démocratique et constitutionnelle. Les législatures ont une légitimité politique car elles sont élues et normatives, car leur rôle législatif est constitutionnellement prévu. Cette légitimité ne leur donne pas autorité pour se prononcer sur la véracité des faits. En effet, les membres des assemblées ne sont pas des experts techniques, historiens, sociologues ou scientifiques. Certes, ils ont accès à une quantité d'informations considérable, à laquelle la Cour n'a pas accès, mais il demeure possible, et en fait assez fréquent, que leur utilisation des informations obtenues ne soit pas toujours neutre et apolitique. Ils sont désignés pour se prononcer sur les normes correspondant le mieux aux valeurs et aspirations populaires, lorsque ces dernières possèdent une homogénéité suffisante pour être identifiable par l'interprète. Cependant, ces valeurs et aspirations découlent souvent de faits sociaux. Si les valeurs ne se réduisent pas à une accumulation de faits, il est faux de dire qu'elles sont indépendantes de ces derniers. Les valeurs très générales peuvent dépasser tout fondement factuel. Par exemple, l'idée selon laquelle l'État serait responsable de la santé de tout homme repose sur des convictions davantage que sur des faits. Cependant, leur réalisation dépend de faits. Ainsi, des personnes aspirant de la même façon à la participation de l'État à la santé publique pourront considérer d'une façon différente une loi sur le tabac suivant leur perception des effets de ce dernier sur la santé. La prise en compte d'un fait - les effets du tabagisme - est nécessaire dans l'application de la norme selon laquelle l'État est responsable de la santé publique.

586. Nombreuses sont les lois s'intéressant à des événements historiques, des peuples, des phénomènes sociaux et à la solidarité sociale, aux patrimoines

⁹⁶⁴*Anti-inflation Act*, [1975 (Canada), Re, [1976] 2 R.C.S. 373

Le Parlement affirme l'existence d'une crise économique lui donnant le droit d'agir

⁹⁶⁵*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

animal, culturel et environnemental, au travail, à l'économie et à la culture, à la démocratie, à la sécurité nationale ou à l'identité culturelle et politique d'une société.

Lorsque le législateur se prononce sur des normes, il s'intéresse à l'opinion publique. La question se pose de savoir, lorsqu'il se réfère à des faits, s'il doit prendre en compte les faits présentant le plus d'authenticité, techniquement, scientifiquement démontrés ou les faits considérés comme vrais par l'opinion publique⁹⁶⁶. Revient-il au législateur de discerner ce que serait l'opinion publique si les découvertes techniques étaient connues d'elle ou doit-il réaliser les aspirations populaires telles quelles, avec leurs préjugés, leurs a priori intuitifs ?

Quoique les faits aient toujours eu une influence sur les normes constitutionnelles, il semble qu'ils apparaissent de façon plus explicite, moins intuitive, dans la législation récente. Traditionnellement, l'autorité d'un tribunal est normative et non factuelle, même si la réception positive de son travail peut contribuer à la légitimation organique de son activité. Cependant, l'évolution récente du contrôle judiciaire, désormais plus contextuel, semble changer la donne. Tout se passe comme si la Cour, en évaluant la véracité des faits énoncés dans des lois lors du contrôle de leur constitutionnalité, imposait indirectement aux Parlementaires une nouvelle méthode législative dans la recherche, la qualification et la détermination des faits pertinents précédant tout choix normatif. Le législateur s'adapte, anticipant tout contrôle de constitutionnalité potentiel.

587. Les lois relatives au partage des compétences se réfèrent le plus souvent à des faits lorsqu'elles sont adoptées en vertu des pouvoirs du Parlement fédéral à assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement⁹⁶⁷. En admettant que les faits soient pris en compte dans le contrôle de constitutionnalité des lois, la question se pose de savoir si la Cour doit se référer au contexte d'adoption de la loi ou aux faits pertinents au moment de sa contestation. Autrement dit, le contrôle effectué par la Cour est-il statique, la Cour se prononçant une fois pour toutes sur la validité d'une loi ou dynamique, la Cour pouvant sans cesse réévaluer si les faits ayant conduit à l'adoption de la loi demeurent pertinents ? Il est difficile de déterminer si le contrôle de la Cour porte sur la loi dans son « contexte de production ou la loi dans sa vie autonome »⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶Danielle PINARD, « Les énoncés de fait du législateur et le contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada: de l'utilisation des préambules et autres dispositions non normative des lois », *National Journal of Constitutional Law*, Vol. 24, Number 1, December 2008, 61p

⁹⁶⁷C'est le cas dans le Renvoi sur la Loi anti-inflation, dans *Co-operative Committee on Japanese Canadians* ou dans le Renvoi sur la margarine.

⁹⁶⁸Par exemple, *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Canada (AttorneyGeneral)*, [1947] A.C. 87 (Canada P.C.), Lord Wright au nom de la formation, à la p. 101: Again, if it be clear that an emergency has not arisen, or no

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

588. Une autre question se pose, celle de la participation de l'acteur législatif au débat sur les faits en contexte constitutionnel. Il s'agit de déterminer si la Cour doit s'en tenir aux faits énoncés dans la loi ou mener sa propre enquête sur leur contenu. La question se pose en particulier de la considération à porter aux faits contenus dans le préambule, préambule dont la valeur normative est incertaine.

On peut constater que la Cour suprême, lorsqu'elle se rapporte à des considérations factuelles, ne se réfère que ponctuellement aux faits énoncés dans la loi ou, le cas échéant, à ceux directement pertinents au litige et formellement mis en preuve par l'une des parties. La jurisprudence de la Cour suprême relative au partage des compétences considère que les énoncés factuels contenus dans les lois ont valeur de présomption. Ils sont pertinents et admissibles pour qualifier une loi. Cependant, ils sont réfutables. Les faits, les plus souvent contenus dans le préambule, ont valeur d'indices ou d'éléments de contexte participant à déterminer la réponse constitutionnelle. En outre, les exigences usuelles en matière de preuve sont quelque peu relâchées s'agissant des faits sociaux et législatifs.

Dans le *Renvoi sur la validité des règlements sur les baux en temps de guerre*⁹⁶⁹, la Cour rappelle que si les déclarations législatives ne sont pas décisives pour établir la validité d'une loi, elles montrent la perception légitime du législateur et les tribunaux ne les remettent en question qu'avec beaucoup de prudence par une « very clear evidence⁹⁷⁰ ». Dans la mesure où l'on suppose qu'une loi est constitutionnelle, on présume que les faits qu'elle contient sont exacts. Il est difficile en effet d'imaginer que le législateur énonce des faits allant à l'encontre de sa validité. Il revient à la partie qui veut démontrer l'inconstitutionnalité de la loi d'établir que les faits sur lesquels elle se fonde sont inexacts. Il s'agit pour elle de prouver que les faits étaient erronés au moment de la promulgation de la loi ou qu'ils ont changé depuis. Le fardeau de la preuve est lourd.

longer exists, there can be no justification for the exercise or continued exercise of the exceptional powers [je souligne]. Voir dans le même sens, Reference re Validity of s. 5(a) of Dairy Industry Act (Canada), (Margarine Case), [1949] R.C.S. 1, 1948 Carswell Nat 62 (C.S.C.) 39 (J. Taschereau): Mais si pareil danger [pour la santé] a jamais existé, il a entièrement disparu maintenant, et c'est non seulement le droit mais aussi l'obligation des tribunaux de s'enquérir si les circonstances qui justifiaient le Parlement Fédéral [sic] d'agir subsistent toujours. Il y a une présomption qu'elles subsistent, et c'est la partie qui invoque le contraire qui doit le démontrer.

⁹⁶⁹Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, [1950]. A.C.S. no 1

⁹⁷⁰Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, [1950]. A.C.S. no 1

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

589. Les décisions rendues par la Cour de justice de l'Union Européenne et la Cour suprême du Canada sont déterminées par leur recherche de légitimité. Pour comprendre les motivations réelles de leurs décisions et cerner les causes de leur autolimitation, il s'agit donc d'identifier les sources de la légitimité du contrôle qu'elles exercent.

⁹⁷¹Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

590. Cour de justice et Cour suprême se limitent dans le contrôle de la subsidiarité.

La Cour de justice se trouve confrontée aux mêmes difficultés que les institutions politiques de l'Union Européenne lors de l'interprétation du principe de subsidiarité. De plus, ne possédant pas la légitimité démocratique dont jouissent les institutions, il lui est difficile de contester un consensus politique. Les normes de l'Union Européenne, ayant subi un contrôle préalable des institutions, ne violent pas de façon évidente le principe de subsidiarité. Par conséquent, la Cour de justice n'invalide aucune norme européenne. En raison de ce défaut de légitimité populaire, la Cour de justice refuse, dans bien des cas, de se prononcer sur le principe de subsidiarité. Lorsqu'elle accepte de le faire, elle se limite à un contrôle très formel des motivations des normes européennes.

La Cour suprême possède plus de latitude pour invalider une norme fédérale dans la mesure où elle participe à définir la portée de la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement et de la clause de commerce. Il semble néanmoins qu'elle ait manifesté dans une moindre mesure, des réticences à contester la volonté Parlementaire. Entre autres, le choix de la Cour suprême de vérifier la seule volonté du législateur d'intervenir dans l'urgence montre qu'elle a éprouvé une inhibition similaire à celle de la Cour de justice, quoique moins perceptible. Elle ne recherche pas systématiquement des éléments de preuve substantiels de la nécessité d'une intervention fédérale.

L'approfondissement progressif du contrôle canadien laisse espérer une évolution similaire en droit de l'Union Européenne. En effet, quoique le juge de common law semble mieux assumer sa participation à l'interprétation du droit, il se trouve confronté à des obstacles comparables à ceux rencontrés par la Cour de justice. Les deux juridictions, composées de juges non élus mais désignés, doivent se prononcer après les institutions politiques.

Dans les deux cas, la comparaison des capacités à agir des deux niveaux de pouvoir semble impossible si les parties ne fournissent pas à la Cour tous les éléments de preuve utiles à cette évaluation.

591. Une fois admis que le contrôle de la subsidiarité n'est pas neutre, la question se pose de savoir si un contrôle juridictionnel substantiel de ce dernier pourrait être légitime.

Nous rechercherons donc dans un second chapitre, d'une part, quelle serait la légitimité d'un contrôle juridictionnel de la subsidiarité et, d'autre part, si le contexte et le rapport entre institutions juridictionnelles et politiques possèdent

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

une influence sur l'interprétation juridictionnelle actuelle de la subsidiarité, cela dans le but de déterminer si la mise en œuvre du contrôle plus substantiel pourrait nuire à la neutralité du contrôle de la Cour.

CHAPITRE 2. LA LEGITIMITE D'UN CONTROLE SUBSTANTIEL DE LA SUBSIDIARITE

592. Quoique les motivations de chaque objectif de l'union Européenne aient pu orienter les juges dans leur interprétation de la subsidiarité, la nécessité d'un contrôle approfondi de la subsidiarité est la même quelle que soit la base juridique de l'intervention de l'Union Européenne. L'étendue du contrôle juridictionnel de la subsidiarité ne dépend pas des finalités ayant originellement motivé l'attribution de compétences à l'Union Européenne. La Cour ne peut opérer de hiérarchie entre les objectifs poursuivis par l'Union Européenne. Un contrôle substantiel de la subsidiarité ne signifie pas qu'elle doive s'interroger sur les motivations de chaque objectif de l'Union mais qu'elle doive 'interroger sur la façon la plus efficace de les réaliser.

Ainsi observerons nous que la Cour ne peut opérer de véritable contrôle de la subsidiarité sans vérifier la correspondance entre la base juridique invoquée par les institutions de l'Union Européenne pour justifier leur intervention et leurs motivations réelles.

593. Un contrôle juridictionnel plus approfondi d'une intervention de l'entité centrale pourrait être légitime (section 1). Un tel contrôle pourrait être d'autant plus légitime quel contexte politique semble déjà influencer sur les décisions étudiées relatives à la subsidiarité (section 2).

SECTION 1. LA RECONNAISSANCE THEORIQUE D'UN CONTROLE JURIDICTIONNEL SUBSTANTIEL

594. Après avoir montré l'influence de valeurs sur l'interprétation juridictionnelle du principe de subsidiarité (*Sous-section 1*), nous rechercherons les modalités du choix entre valeurs opérées par la Cour (*Sous-section 2*).

Les valeurs sont ici définies comme des finalités. "Ce qui est posé comme vrai, beau, bien, d'un point de vue personnel ou selon les critères d'une société et qui

est donné comme un idéal à atteindre (...)»⁹⁷²Elles suscitent l'adhésion en dehors des buts qu'elles poursuivent et ne dépendent donc d'aucune justification.

Sous-section 1. L'influence des valeurs sur l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité

595. La Cour ne peut exercer de contrôle véritable sur des problèmes complexes en se référant à une norme uniquement, Traité ou Loi constitutionnelle (§1). L'interprétation des compétences n'échappe pas à cette règle (§2). Une intervention positive du juge est compatible avec l'idée de démocratie délibérative (§3).

§1. Le caractère dynamique de l'acte de juger

596. Le décalage entre textes normatifs et application jurisprudentielle de la norme renvoie à une question aussi vieille et aussi vaste que le droit, celle du statut de l'interprète face à la norme. A quel point le juge est-il libre de donner à une norme un sens qui transcende le texte qui la contient?

De la question de savoir si le juge possède un pouvoir normatif, d'autres interrogations découlent. Une réponse négative mène à la recherche des procédés permettant aux juges de découvrir le sens unique d'un texte par son interprétation. Une réponse positive implique la recherche des limites de la liberté du juge.

597. Positivistes et jusnaturalistes se rejoignent pour reconnaître que l'interprétation est l'acte par lequel le juge découvre le sens unique d'un texte. Pour les premiers, elle est un processus logique. La marge d'interprétation du juge est limitée par des canons d'interprétation très stricts, dont l'existence est rendue nécessaire par l'exigence de stabilité du droit. Différentes hypothèses ont été proposées relativement au contenu de ces règles.

La recherche de l'intention de l'auteur de la norme est une méthode d'interprétation présentant l'avantage d'assurer la prévisibilité de la solution à donner à un problème juridique. Pourtant, il n'est pas toujours possible de

⁹⁷² Dictionnaire Larousse de la langue française, en ligne: <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/valeur/80972> (consulté le 13 octobre 2013)

déterminer cette intention de façon certaine⁹⁷³. Les différentes techniques susceptibles d'y aboutir : analyse grammaticale des textes, références aux travaux préparatoires, se contredisent parfois. « Tout prévoir est un but impossible à atteindre », reconnaissait Portalis. Par ailleurs, le législateur n'a pu prévoir certaines applications postérieures de la loi, ce qui est le plus visible lorsque l'évolution du contexte social rend désuète l'application d'une loi. Les méthodes proposées par les positivistes pour découvrir le sens d'un texte ne font pas consensus. Par ailleurs, quand bien même le langage serait déterminé et le sens de chaque texte clair, il demeure possible que l'application de ces textes, inadaptée à la réalité sociale, conduise à un résultat absurde.

Le point de vue jusnaturaliste pourrait difficilement rendre compte de la réalité d'une société pluraliste : tenter d'interpréter les règles de droit en fonction de valeurs qui les transcendent semble hasardeux dans une société où ces valeurs divisent l'opinion⁹⁷⁴.

598. Le positivisme et le jusnaturalisme seront également écartés pour des raisons descriptives : la Cour suprême du Canada et la Cour de justice ne semblent adhérer ni à l'une, ni à l'autre de ces théories. Certains auteurs, Hart et Dworkin, en particulier, ont tenté de contourner les obstacles mentionnés en offrant des versions plus sophistiquées du positivisme et du jus naturalisme.

Pour Dworkin⁹⁷⁵, la liberté d'interprétation d'une norme floue est limitée par le principe de cohérence du système juridique dans lequel elle s'inscrit. La solution, unique, d'un problème doit être conforme aux principes donnant d'un système

⁹⁷³JERZY KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique; éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois: histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3e édition, Collection Penser le droit, n°14, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁹⁷⁴D'un point de vue normatif, ces doctrines sont critiquables dans la mesure où elles correspondent essentiellement à une vision autoritaire du droit. D'un point de vue épistémologique, elles ne semblent se vérifier que dans certains contextes. Cependant, le droit conserve son autorité dans la mesure où les justiciables croient à son caractère obligatoire. Certains d'entre eux adoptant des conceptions positivistes ou naturalistes du droit, il est important de prendre en compte ces conceptions et de rappeler le caractère contraignant de la subsidiarité en adoptant ces points de vues. En effet, comme nous l'avons montré en première partie, la subsidiarité, en plus de découler des textes fondateurs, traités ou constitution, est utile au bon fonctionnement du système auquel elle s'applique.

⁹⁷⁵ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, Collection recherches politiques, 1994.

l'explication la plus logique et la plus juste possible. Cette théorie reconnaît en quelque sorte au juge un rôle d'agent unificateur du droit. La complexité du droit représente néanmoins une faille pour cette théorie; il semble difficile pour un être humain d'en concilier tous les aspects. Cette complexité semble fournir l'occasion à l'interprète de poser sa propre vision de la justice sous prétexte de découvrir un « droit intégrité ». Les principes semblent n'avoir pas plus d'existence objective que les valeurs du droit naturel.

599. Cette recherche se fondera donc sur le postulat selon lequel le juge possède un pouvoir créateur. Actuellement, la tendance dominante semble considérer que le juge possède une certaine liberté, dans son interprétation, de recourir à des éléments non juridiques. L'interprétation est un acte de création. La volonté de l'interprète complète celle de l'auteur de la norme. Le juge, par son raisonnement, répond au problème concret qui lui est posé.

Le tournant herméneutique est amorcé dans les années 1970, l'interprétation est admise comme une composante de la norme. L'acte de juger est dynamique, il permet le rattachement constant des textes à la réalité sociale, à son contexte, une dialectique entre faits et valeurs. Le sens d'une décision dépasse le discours interprété. Le droit, naturel ou positif, figé, immuable, unitaire, tant recherché dans la modernité ne semble plus désormais qu'une chimère. Chaque norme doit être considérée au regard de ses causes sociologiques, historiques et chaque décision est déterminée par les objectifs sociologiques poursuivis par le droit pour l'avenir.

Selon Paul Amselek⁹⁷⁶, la teneur indécise du droit ne doit pas être perçue comme un décalage entre la norme et la réalité, mais la condition de l'action de l'interprète, un élément du fonctionnement normal du système. L'interprétation est un acte continu qui permet de résorber d'éventuels décalages entre les mondes réels et normatifs. Pour cela l'interprète doit être critique face au droit et se référer à des catégories autres que celles posées par le droit.

Les indéterminations du droit, le non-dit, permettent la pratique judiciaire. Tout système est lacunaire. Pour Perelman « Les lacunes ne sont qu'un instant dans le raisonnement du juge⁹⁷⁷ ». L'expression de la volonté humaine pour combler ces lacunes n'est pas un obstacle à la rigueur du raisonnement juridique.

600. Dans le sillage du courant herméneutique, nous reconnaissons donc qu'un texte ne peut être interprété hors de son contexte et que son interprète

⁹⁷⁶Paul AMSELEK, *L'interprétation et droit*, Bruelles, Bruylant, PUAM, 1995, p. 22.

⁹⁷⁷Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958.

possède en cela un rôle déterminant⁹⁷⁸. Cette conception de l'interprétation correspond au droit dans la mesure où il a vocation à s'appliquer à l'avenir.

Nous admettons, par conséquent, l'importance de l'argumentation dans la décision judiciaire. L'interprétation se situe « entre les deux pôles de l'explication et de l'application⁹⁷⁹ ». L'interprétation juridictionnelle est spécifique dans la mesure où un troisième pôle, celui de la normativité, peut être ajouté aux deux premiers. En plus des « auditoires universels et particuliers » mentionnés par Perelman, le juge s'adresse donc à un « auditoire » supplémentaire, les institutions politiques de chaque niveau de gouvernement.

⁹⁷⁸Karl LLEWELLYN, « Some realism about realism- responding to Dean Pound » , *Harvard Law Review*, 1931 n44 p. 1222.

ANTOINE GARAPON, *Bien juger: essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 149.

Déterminisme du réalisme américain

Il semble exister une contradiction entre l'hypothèse selon laquelle les décisions judiciaires seraient prévisibles et celle selon laquelle il faudrait principalement utiliser des éléments sociologiques pour les prédire. En effet la société est en perpétuelle mutation.

Les réalistes américains recherchent comment une décision peut être prédite en identifiant les causes ayant amené le juge à adopter une interprétation donnée. Il s'agit de découvrir les « présupposés partagés qui orientent nécessairement le raisonnement du juge ». La diversité des interprétations possibles d'un même texte et la relativité du sens à donner à un texte sont admises. Le juge n'est plus un tiers désintéressé, il permet à la société de progresser vers des valeurs inhérentes à la civilisation.

Ces théories présentent le mérite de s'intéresser à la production du juge et d'admettre qu'il n'est pas absolument neutre, il est nécessaire pour la comprendre de rechercher l'influence de facteurs sociaux sur le droit, comme le faisait l'école de la « sociological jurisprudence » avant les réalistes. Elles considèrent que les juges ne peuvent résoudre de problèmes en se référant uniquement à des règles de droit, mais ne considèrent pas pour autant que ces derniers doivent répondre aux attentes sociales. Les réalistes américains recherchent les facteurs qui orientent le comportement des juges, ce qui correspond parfaitement à l'objet de cette recherche.

On peut reprocher aux réalistes de ne pas accorder suffisamment d'importance aux règles de droit dans l'orientation des juges. Par ailleurs, il semble très difficile de prédire les décisions judiciaires, par une méthode empirique ou par d'autres méthodes.

⁹⁷⁹Paul RICOEUR, *Interprétation et droit*, Aix Marseille, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1995.

§2. Une interprétation juridictionnelle dynamique de la subsidiarité

601. La nécessité d'adaptabilité de l'organisation du partage des compétences aux évolutions du contexte social, technique et moral et aux capacités d'action des différents niveaux de gouvernement, rend impossible la mise en œuvre d'un partage fixe des compétences. La cohérence des décisions relatives à l'organisation des compétences n'est pas immédiatement perceptible dans la mesure où cette jurisprudence, d'une certaine complexité prend en compte de nombreux impératifs. Cette cohérence doit néanmoins être recherchée pour mieux garantir la prévisibilité et la stabilité du droit. Dans cette perspective, il est utile de préciser le contenu du contrôle de mécanismes de subsidiarité.

602. Il n'existe pas de consensus sur la meilleure interprétation de l'organisation des compétences dans un contexte donné⁹⁸⁰, le juge doit ainsi se référer à la volonté des parties, et à travers elles à celles de la population. Tout comme en droit européen la Cour de justice peut opérer un choix entre plusieurs objectifs concurrents, l'identification de l'intérêt national en droit canadien n'est pas absolument neutre.

Quelle que soit la conception du fédéralisme adoptée, privilégiée (A), subsidiarité judiciaire et subsidiarité substantielle ne peuvent être dissociées (B). Le juge lorsqu'il résout une contradiction entre des ordres juridiques, peut opérer un choix entre des valeurs propres à chacun de ces ordres(C).

A. L'influence des valeurs sur l'exercice des compétences

603. Lorsqu'en dépit des textes fondateurs, il n'existe pas de consensus relativement au partage des compétences, la question se pose des objectifs poursuivis par le fédéralisme ou par l'Union Européenne. C'est à la lumière de ces objectifs que doit être compris le principe de subsidiarité. Une référence statique à l'intention des auteurs des textes ne serait pas en mesure d'éliminer tout conflit de droit; la Constitution canadienne doit, par conséquent, être interprétée de

⁹⁸⁰ Hans Georg GADAMER, *Philosophie Herméneutique*, Paris, PUF, collection Epithémée, 1996.

L'interprète ne peut se référer à tout le texte de façon neutre, il se réfère également à une culture, une tradition, des préjugés. Il a été reproché à cette théorie d'être, comme le positivisme, essentialiste, en se fondant sur le présupposé que le texte comporterait une vérité intrinsèque. Elle rend difficile la prise en compte des valeurs et des attentes des « auditoires » par le juge.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

façon évolutive selon la méthode dite « de l'arbre vivant »⁹⁸¹ et les traités européens doivent être envisagés de façon téléologique.

604. Refusant une conception essentialiste du fédéralisme ou du rôle de l'Union Européenne, préjugant que la centralisation ou la décentralisation puissent constituer par elles-mêmes des idéaux, il reste à déterminer si le juge doit se prononcer en faveur du droit le plus efficace pour poursuivre un objectif ou en faveur de celui suscitant l'adhésion citoyenne la plus forte. La défense de la diversité, prise comme une fin en elle-même et non un moyen d'assurer l'efficacité, constitue une option supplémentaire.

La Cour suprême et la Cour de justice, tendent à privilégier l'objectif d'efficacité, quoique la jurisprudence récente de la Cour suprême vienne nuancer cela⁹⁸². En effet, la volonté populaire, mouvante, semble difficile à évaluer⁹⁸³. Lorsque par exemple, des voix s'élèvent régulièrement dans l'Union Européenne pour contester l'utilité de directives européennes jugées superflues, il reste difficile de cerner l'ampleur de ce discours. Il est d'ailleurs possible que lors d'un litige donné, une partie importante de la population n'ait d'ailleurs pas d'opinion sur la meilleure façon de trancher un litige en particulier.

605. Cependant, cette conception démocratique du fédéralisme peut influencer, de façon implicite, sur la décision du juge. Cette influence est implicite dans la mesure où le juge ne se réfère pas directement à la volonté populaire. Cependant, et bien qu'il ne tire pas directement sa légitimité de la population, le juge doit chercher à la convaincre. Il le fait de façon indirecte au travers des objectifs d'efficacité. Cette volonté de conviction témoigne d'un souci démocratique.

Si l'ensemble de la population adopte une position claire sur la façon de résoudre un conflit, il est plus que probable que le juge reconnaisse cette volonté. Ce n'est qu'en raison de l'absence d'une telle volonté que le juge se réfère à l'efficacité du droit.

⁹⁸¹Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 5e éd., rev. et augm., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, 772 p.

Edwards c AG Canada, [1930] A.C. 124

Les termes de la *loi constitutionnelle de 1867* ne doivent pas être interprétés en fonction de ceux à quoi ils réfèrent au moment de leur rédaction. Ainsi le texte constitutionnel peut-il être adapté aux évolutions de la société.

⁹⁸²Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837 [90]

⁹⁸³Sébastien Bénéullière sous la direction de Thierry DEBARD, Université Jean Moulin Lyon 3, *La démocratie d'opinion. Contribution à une approche constitutionnelle de l'opinion publique*, 30 novembre 2007, 779 p.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

606. Lorsque le fédéralisme tend à privilégier l'efficacité du droit, il s'agit de déterminer si les droits des deux niveaux de gouvernement poursuivent un objectif unique. En effet, la référence à l'efficacité du droit est souvent assimilée à une efficacité économique, la référence au bon fonctionnement du marché commun dissimulant parfois la poursuite de plusieurs objectifs par la norme. Si tel est le cas, le juge aura à choisir entre une conception subjective et une conception objective de l'efficacité. Une conception subjective de l'efficacité impliquera un contrôle restreint, le juge se bornant à prendre en compte la façon dont les normes justifient leur propre efficacité. S'il adopte une conception objective de l'efficacité, le juge pourra se référer à des preuves extrinsèques.

607. Les droits entrants en conflit mettent parfois l'accent sur des objectifs sensiblement différents. La libre concurrence peut s'opposer à la régulation mise en œuvre par les normes locales. C'est également le cas dans le cadre de la régulation des nouvelles techniques de reproduction, les politiques législatives des différents niveaux de gouvernement pouvant osciller entre liberté et principe de précaution. Le choix entre deux normes est donc lié à un choix entre des valeurs. Ce choix, en démocratie, est partiellement déterminé par la volonté populaire, ce qui renvoie aux problèmes posés par la vision démocratique du fédéralisme exposée précédemment. La volonté populaire est souvent conçue comme correspondant aux valeurs dominantes mais ce n'est pas toujours le cas.

B. Le lien entre subsidiarité législative et subsidiarité substantielle

608. La doctrine a parfois distingué subsidiarité substantielle et subsidiarité législative. La première s'appliquant à la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la seconde relevant de l'Union Européenne. Alors que la première conduirait à appliquer la convention si elle assure une meilleure protection que celle des États, la seconde permet de trancher entre deux systèmes de droits. Autrement dit, la subsidiarité en droit de l'Union Européenne jouerait dans son sens subsidiarité-concurrence alors que la subsidiarité en droit conventionnel serait une subsidiarité-complémentarité⁹⁸⁴.

609. Cependant, la distinction est loin d'être aussi tranchée qu'il n'y paraît; subsidiarités substantielle et législative pourraient être deux faces d'une même pièce. Certes, le droit de l'Union Européenne peut être assimilé à un ordre juridique ; on ne peut en dire autant du droit conventionnel qui ne s'intéresse qu'aux droits de l'homme. Néanmoins, cette distinction ne change rien à l'application juridictionnelle de la subsidiarité. En droit de l'Union Européenne, on

⁹⁸⁴David SZYMCAK, « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Conv. EDH » Colloque IDEDH, Montpellier 1, 18 – 19 octobre 2013.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

peut distinguer le droit originaire, fixant les objectifs poursuivis par l'Union Européenne et le droit dérivé, déterminant, si nécessaire, comment les atteindre. En droit conventionnel, il n'existe que la Convention.

610. Dans les deux cas, pourtant, la Cour doit rechercher quel niveau de droit est le plus à même d'atteindre les objectifs poursuivis. Dans les deux cas, elle peut ce faisant se trouver dans la nécessité d'opérer un choix entre des objectifs concurrents. Le fait qu'il y ait identité ou non entre la norme fixant des obligations pour les États et le droit s'appliquant aux justiciables n'y change rien. La Cour européenne des droits de l'homme n'applique le droit conventionnel que lorsque le droit étatique est impropre à assurer cette fonction. De façon comparable, la Cour de justice ne valide l'intervention de l'Union Européenne que lorsque les États se trouvent dans l'incapacité d'atteindre l'objectif visé par l'intervention européenne. La Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle interprète la convention, peut avoir à trancher entre des droits entrant en concurrence. De même la Cour de justice peut avoir à trancher entre différents objectifs de l'Union Européenne. Il est à noter que les deux Cours, dans ce dernier cas, camouflent le plus souvent le choix opéré entre objectifs, droits concurrents, par des considérations relatives à la subsidiarité. Elles privilégient d'emblée, et sans justification, un droit, un objectif, et recherchent aussitôt quel droit permet de le préserver, de l'atteindre le plus efficacement, sans s'intéresser à l'autre droit ou à l'objectif poursuivi. La Cour suprême du Canada se retrouve confrontée aux mêmes difficultés.

En effet, la législation provinciale ou nationale poursuit elle aussi des objectifs propres. Le juge, s'il se contente d'interpréter les compétences de chaque niveau de gouvernement à la lumière de la subsidiarité judiciaire, s'abstient d'appliquer le principe de subsidiarité dans son aspect substantiel. S'il se contente d'évaluer la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement pour atteindre un objectif commun, il peut s'abstenir d'opérer un choix entre les objectifs poursuivis par la législation de l'entité centralisée et les objectifs poursuivis, de façon indirecte ou explicite, par la législation de l'entité englobée.

611. La nécessité d'une conciliation entre différents droits apparaît dans de nombreux domaines. Si elle apparaît clairement en première instance, elle semble disparaître au fur et à mesure que l'on s'élève dans les instances. Dans le cadre du marché commun par exemple, si le juge ne prend en compte que la capacité de chaque niveau de gouvernement d'éviter des distorsions de concurrence, il s'abstiendra de se prononcer sur l'équilibre entre la nécessité de concilier libre concurrence et liberté des entreprises et évitera ainsi de choisir entre deux modèles économiques.

Il semble légitime dans un Etat fédéral ou lorsque des Etats ont ratifié un traité ou une convention, que la Cour détermine quel niveau de pouvoir est compétent en se référant aux seuls objectifs fixés par la norme acceptée par les Etats ou provinces. Cependant, lorsque l'interprétation de cette norme soulève la controverse, en particulier lorsque plusieurs objectifs doivent être conciliés, la

question se pose de la légitimité du pouvoir juridictionnel d'imposer une interprétation de cette norme. La question se pose de la légitimité de la Cour de justice de l'Union Européenne de « valider » une norme de l'Union Européenne lorsque cette norme démontre la nécessité de l'action de l'Union Européenne en se référant à un seul objectif poursuivi par l'Union Européenne alors que la norme contestée poursuit probablement plusieurs objectifs. La question se pose de la légitimité de la Cour EDH d'imposer son interprétation d'un droit garanti par la Convention lorsque ce droit entre en conflit avec un autre droit garanti par la Convention ou encore lorsqu'il entre en conflit avec un droit garanti par l'Etat concerné. Il est en effet plausible que les Etats, en ratifiant une Convention garantissant une subsidiarité juridictionnelle aient entendu conserver une marge d'interprétation relativement à la conciliation entre les droits garantis par la Convention et leurs droits nationaux.

C. Les conflits de valeurs derrière les conflits de compétences

612. La Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union Européenne exercent un pouvoir normatif lorsqu'il existe un conflit entre les normes édictées par les deux sphères de pouvoir : fédérale et provinciale ou européenne et nationale, et lorsque les règles de partage des compétences établies par les textes, constitution ou traités, sont insuffisantes pour le résoudre. Derrière les conflits de compétence se cachent souvent des oppositions entre valeurs, plus ou moins libérales ou protectrices pour les personnes. Les normes des différents niveaux de pouvoir peuvent se référer très directement à des objectifs distincts. Les juges devront alors choisir l'un de ces objectifs avant de déterminer quel droit est le plus efficace pour l'atteindre. Dans les cas mêmes où les normes spécifiques en concurrence ne se réfèrent pas à des objectifs distincts, le choix du juge pourrait être implicitement influencé par un choix de valeurs dans la mesure où chaque système de droit pris dans sa globalité privilégie des impératifs propres⁹⁸⁵.

613. Dans certains litiges relatifs au partage des compétences, le juge profite du conflit de droits existant pour opérer un choix entre des valeurs, elles aussi, en conflit. Le juge semble utiliser les contradictions entre des systèmes de droit pour camoufler son choix entre systèmes de valeurs. La justification légale d'une décision fondée sur un choix de valeurs ne mentionne que des théories relatives au partage des compétences. Le plus souvent, le juge, prétextant la nécessité d'assurer la convergence entre les systèmes, l'harmonisation et la standardisation des ordres juridiques, permet aux valeurs majoritaires de

⁹⁸⁵Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Les solitudes du bijuridisme au Canada: essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 169p, Chapitre 3.

s'imposer. Plus rarement, le juge reconnaît les entités englobées compétentes afin de préserver des valeurs minoritaires. Par exemple, dans les arrêts *Ontario Hydro*, le « maintien de la sécurité des établissements en matière nucléaire » et le « maintien de la paix industrielle et l'attribution de pleins pouvoirs aux travailleurs, pour justifier la compétence provinciale sur les relations de travail » peuvent être perçus comme des objectifs concurrents quoique le juge La Forest affirme que « les objectifs actuels des relations de travail, sur lesquels mon collègue le juge Iacobucci insiste beaucoup, n'ont rien à voir avec la source de la compétence législative »⁹⁸⁶. En effet, il est évident que, juridiquement, le partage des compétences ne repose pas sur un choix entre objectifs. Rien ne semble cependant exclure que, pour trancher entre plusieurs interprétations possibles du partage des compétences, l'interprète soit déterminé par un choix entre objectifs concurrents.

§3. La légitimité du contrôle juridictionnel en démocratie délibérative

614. La légitimité des décisions, en démocratie délibérative, repose sur leur justification publique réelle, résultant d'une délibération (A). Il s'agit de déterminer dans quelle mesure le contrôle juridictionnel, portant en principe sur la constitutionnalité de loi, peut s'étendre à cette délibération (B).

A. La justification publique réelle d'une décision comme fondement de sa légitimité en démocratie délibérative

615. Selon le principe de justification publique réelle, toutes les décisions politiques doivent être reconnues par des raisons valables en des termes que chaque citoyen réel peut accepter comme suffisants. Le processus de délibération publique devient source exclusive de légitimité politique. L'objectif de la délibération n'est pas de changer les croyances de chacun mais d'apporter à chacun des raisons d'accepter la thèse de l'autre.

Appliqué à l'exercice des compétences, il ne s'agit pas de mettre en œuvre une organisation idéale des compétences mais de mettre en place, dans un contexte donné, une coordination des compétences qui convienne à tous les citoyens. Il s'agit pour cela de donner de bonnes raisons d'accepter ce partage à tous les citoyens et en particulier, à ceux qui seraient le moins enclins à l'approuver.

⁹⁸⁶*Ontario Hydro c. Ontario*(Commission des relations de travail) , [1993] 3 R.C.S. 327.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Chacun doit dès lors rechercher à être compris de l'autre afin que soit produit un accord rationnel intersubjectif. L'organisation des compétences doit être interprétée dans le sens de cet accord.

Il suffit donc pour le législateur d'apporter de bonnes raisons à l'appui de sa décision et non nécessairement de fortes raisons, c'est-à-dire qu'il lui suffit de convaincre que la solution adoptée est meilleure que les autres dans le cas de l'organisation des compétences car il semble difficile de trouver une hypothèse où la décision du juge lèserait les intérêts fondamentaux d'une partie.

616. Un simple contrôle de constitutionnalité ou de respect des traités n'assure pas un contrôle de la légitimité des décisions politiques dans la mesure où l'application de la Constitution ne doit pas être conçue de façon figée. Le contrôle du juge doit, par conséquent, également porter sur les délibérations relatives à la constitutionnalité de la norme adoptée.

La déférence des groupes minoritaires envers une décision politique devient la condition de la légitimité de cette décision en démocratie délibérative. S'il est parfois raisonnable d'accepter la règle de la majorité, il ne s'ensuit pas que les décisions prises par elle soient toujours légitimes. Celles-ci ne doivent pas être discriminatoires et présupposer qu'un groupe de citoyens vaut plus qu'un autre.

Cette déférence du groupe minoritaire semble en pratique difficile à évaluer. Elle est donc présumée dans le silence de ce groupe.

B. La capacité du juge à contrôler cette délibération

617. Le contrôle juridictionnel des décisions est une garantie de la justification publique réelle assurant la légitimité des décisions politiques prises lors d'une délibération publique⁹⁸⁷.

A défaut de pouvoir aisément contrôler la qualité substantielle de la justification de la subsidiarité, le contrôle juridictionnel de ce principe porte sur la qualité formelle de sa justification dans une décision. Nous rechercherons si le contrôle juridictionnel nécessaire en démocratie délibérative pourrait permettre, si ce n'est imposer, un contrôle plus approfondi.

618. Il s'agit d'abord d'explicitier quelle conception de la légitimité politique présuppose la théorie de la démocratie délibérative. Dans une société pluraliste, les intérêts varient selon les individus et les groupes, ces intérêts doivent donc faire l'objet d'une délibération.

⁹⁸⁷ ANDRÉ DUHAMEL, LUC TREMBLAY et DANIEL WEINSTOCK, *La démocratie délibérative en philosophie et en droit: enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

Deux stratégies permettent la protection des intérêts individuels fondamentaux, ces stratégies pouvant être transposées au partage des compétences. La stratégie libérale postule que les intérêts des individus génèrent des droits moraux sur la base d'une théorie abstraite de la justice. La stratégie républicaine étend le concept de droits politiques pour y inclure le plus d'intérêts fondamentaux possibles. Elle nécessite une citoyenneté substantielle, une participation effective. Ces deux théories postulent que les droits constituent des contraintes dans les jugements, décisions et considérations politiques, indépendamment de leurs contenus. Il faut donc enchâsser les droits moraux et politiques dans un texte fondamental, constitutionnel le plus souvent, et instaurer un contrôle juridictionnel. L'intervention du juge est nécessaire à rendre contraignant le droit.

619. Cependant, le contrôle juridictionnel implique que le juge écarte une norme dotée d'un pedigree démocratique qu'il ne possède pas lui-même. En effet, la démocratie délibérative suppose la défense de droits et libertés dont la conciliation pose problème dans un système normatif. Dans le cas du partage des compétences, elle suppose la conciliation de systèmes de droits entrant en conflit. Il semble difficile, cela est particulièrement vrai dans l'hypothèse pluraliste, d'identifier un droit pesant sur le processus de délibération et permettant d'éviter toute contradiction.

La non-application par le juge de décisions politiques ne comportant pas de justification publique réelle en démocratie délibérative est donc légitime. Leur contrôle juridictionnel permet en effet de vérifier le bon fonctionnement du processus de délibération publique. Il peut permettre de vérifier que chacun a un droit égal de participer sans contrainte et de s'exprimer comme il l'entend.

620. La Cour possède donc la capacité d'évaluer la justification publique réelle d'une décision politique.

Pour évaluer si les raisons invoquées sont suffisantes, il faut d'abord se référer à l'intention du législateur et observer si ces raisons sont vraiment celles qui ont mené à la décision.

621. Concernant le contrôle des compétences, il s'agira pour la Cour de vérifier que la décision ne comporte pas de détournement de base juridique. Le test d'efficacité comparative en droit de l'Union Européenne et le test posé par *GMC* en droit canadien permettent de contrôler la justification publique réelle d'un empiètement des compétences d'un niveau de pouvoir sur les compétences de l'autre. Pour déterminer la légitimité d'une décision politique, il s'agit également d'évaluer s'il existe un lien rationnel entre les moyens mis en œuvre et les fins poursuivies, si l'atteinte aux intérêts fondamentaux d'un groupe demeure minimale et s'il n'y a pas de disproportion claire entre les bénéfices sociaux et les sacrifices demandés.

622. En droit de l'Union européenne, le test de la valeur ajoutée s'apparente à une évaluation de la légitimité de l'intervention des institutions

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

politiques de l'Union Européennes puisque qu'il impose à l'Union Européenne d'utiliser les instruments les moins contraignants. Ces éléments de contrôle ne sont pas sans rappeler le test posé dans l'arrêt *General Motors of Canada*⁹⁸⁸. En effet, la Cour doit se prononcer sur la proportionnalité d'un bénéfice social, les objectifs poursuivis par la législation fédérale, et un « sacrifice », l'empiètement sur les compétences provinciales. Elle doit rechercher la nature du lien entre moyens mis en œuvre et fins poursuivies. Il s'agit en quelque sorte d'une mesure d'efficience.

623. En outre, pour qu'une décision politique comporte une justification publique réelle, ses objectifs doivent être ancrés dans la réalité et non seulement théoriques. Dans cette perspective, la Cour suprême, lorsqu'elle applique le test de *Vapor*, adopte une conception pragmatique des objectifs poursuivis par la législation fédérale. Tel serait également le cas en droit de l'Union Européenne si la Cour procédait à un contrôle substantiel de la subsidiarité.

Il s'agit d'évaluer comment le juge peut contrôler cette justification.

⁹⁸⁸General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641:

- la loi contestée doit faire partie d'un système général de réglementation;-
- le système doit être contrôlé par la surveillance constante d'un organisme de réglementation;
- la loi doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur particulier;
- la loi devrait être d'une nature telle que les provinces, conjointement ou séparément, soient constitutionnellement incapables de l'adopter;
- l'omission d'inclure une ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays.

Sous-section 2. Le choix entre valeurs opéré par les Cours

624. La conception subjective de la légitimité de décisions politiques en démocratie délibérative rend le contenu du contrôle juridictionnel difficile à cerner (§1). Une fois établie l'existence de champs de valeurs servant de support interprétatif au partage des compétences (§2), encore reste-t-il de rechercher comment le choix entre différentes valeurs en présence est déterminé. La volonté du juge de persuader le ou les « auditoires » auxquels il s'adresse pourrait constituer un élément de réponse (§3).

§1. Un contrôle juridictionnel reposant sur une conception subjective de la légitimité de décisions politiques

625. La protection des intérêts individuels assurée par la démocratie délibérative se fonde non sur des droits politiques ou moraux mais sur la justification des lois en termes de raisons clairement acceptées par tous. Il ne s'agit donc pas de se référer à un partage des compétences objectivement optimal mais d'observer si les citoyens ont de bonnes raisons de le considérer comme adéquat dans un contexte donné.

La démocratie délibérative repose en effet sur un constructivisme souple. Le partage des compétences est conçu comme résultant de l'intersubjectivité, il est partiellement déterminé par l'opinion de ceux qui l'interprètent, qu'ils soient juristes, politiciens ou indirectement citoyens, sur ce qu'il est et devrait être.

626. La mise en œuvre d'un contrôle juridictionnel n'est pas aisée en démocratie délibérative dans la mesure où il semble ardu de déterminer si les motifs invoqués au soutien des décisions politiques sont des raisons valables ou de simples préjugés. Il est en outre difficile de savoir, dans un contexte où la démocratie délibérative est mise à mal⁹⁸⁹, si ces raisons sont acceptées par les citoyens réels et sont universalisables, si ceux qui les promeuvent sont de bonne foi, si ceux qui s'y opposent sont aussi de bonne foi et si leurs motifs sont partagés par les membres des groupes minoritaires affectés par ces décisions.

§2. La surdétermination dans l'analyse systématique

⁹⁸⁹Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

627. Selon l'analyse systémale, la juridicité d'un texte dépend de la prévisibilité de son exécution, de l'intensité de son caractère obligatoire et du « degré de contrôle exercé sur son décodage »⁹⁹⁰. Ce dernier élément dépend des techniques normatives utilisées par les auteurs de la règle (la prédétermination) et de ses récepteurs (la codétermination). À la prédétermination et à la codétermination, Timsit ajoute la surdétermination, c'est-à-dire « les contraintes qui découlent, pour l'application du droit, d'un champ de valeurs qui lui sert de support interprétatif ». Ces contraintes sont monologiques lorsqu'il existe un champ de valeurs unique et dialogiques lorsque plusieurs systèmes de valeurs entrent en concurrence, différentes méthodes d'interprétation correspondant à chacun d'eux.

628. Lorsqu'il y a « inscription du sujet dans le texte », une norme est prédéterminée⁹⁹¹. Lors de conflit de lois, plusieurs textes sont en présence, la prédétermination, texte et volonté du sujet⁹⁹², ne suffit donc pas à régir une situation. Nul code ne permet de résoudre ce conflit puisque la subsidiarité et les doctrines canadiennes lui étant apparentée sont indéterminées. La codétermination, réception de la norme par son destinataire, est donc nécessaire à résoudre cette contradiction⁹⁹³. L'interprétation de la norme par son destinataire pourra être surdéterminée par les champs culturels dans lequel a lieu l'émission de la norme et son interprétation. C'est par l'intégration des trois éléments de codétermination, prédétermination et surdétermination lors du contrôle de décodage qu'une norme acquiert sa juridicité⁹⁹⁴.

629. Dès lors la question se pose de déterminer comment un champ culturel permet d'opérer un choix entre deux normes⁹⁹⁵. Timsit identifiait en droit français deux façon « d'objectivisme un code culturel », la première étant d'attribuer à une instance le pouvoir d'intégrer à la norme un code culturel et le second étant la référence à des concepts autorisant la référence à un code culturel⁹⁹⁶. La Cour de justice et la Cour Suprême ne possèdent apparemment pas ce pouvoir d'intégrer un code culturel. En revanche, il semble que le principe de subsidiarité et les notions lui étant apparentés en droit canadien assurent cette fonction. En effet, la subsidiarité implique une référence aux objectifs poursuivis par les traités. Or, selon Timsit, « la mention des fins permet de limiter

⁹⁹⁰Gérard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Collection « les vies du droit », Paris, PUF, 1991, 199 p.

⁹⁹¹*Ibid.*, p. 12.

⁹⁹²*Ibid.*, p. 74.

⁹⁹³*Ibid.*, p. 120.

⁹⁹⁴*Ibid.*, p. 183s.

⁹⁹⁵*Ibid.*, p. 160.

⁹⁹⁶*Ibid.*, p. 163-171.

le foisonnement des solutions possibles inscrites ou déjà là dans la norme »⁹⁹⁷. La subsidiarité étant elle-même indéterminée, la Cour se réfère parfois à d'autres mécanismes, tels que l'analogie, pour intégrer à la norme un code culturel.

630. Telle qu'envisagée par Timsit, la surdétermination permet, sans donner aux valeurs un caractère normatif en elles-mêmes, de les intégrer dans la production du droit plutôt que dans des sources externes comme le font les positivistes. La surdétermination ne s'intéresse pas à la personnalité, à l'influence d'une institution, comme le font la prédétermination et la codétermination, mais à des valeurs collectives. La surdétermination rompt avec le déterminisme de certaines théories antérieures ; en effet, la société évolue et avec elle le champ de valeurs qui surdétermine une décision de justice. La prise en compte de l'intention du législateur ne peut donc être conçue comme une référence figée aux travaux préparatoires d'une loi.

Lorsqu'un système est fortement intégré, la prédétermination est forte et la codétermination minimale⁹⁹⁸. L'intégration est d'autant plus forte lorsque l'interprète et l'auteur de la norme se réfèrent au même code culturel que l'auteur de la norme. L'ordre juridique est monologique. Timsit appelle « gravitation » ce « phénomène d'attraction de la norme dans le champ de la surdétermination »⁹⁹⁹.

Le problème est plus épineux lorsque plusieurs codes culturels entreront en conflit, ce qui a toutes les chances d'arriver lorsque plusieurs systèmes de droit entrent en concurrence comme c'est le cas au Canada ou dans l'Union Européenne. Timsit considère qu'il y a « expansion » lorsque, dans une dynamique dialogique, auteur et récepteur de la norme se réfèrent à des codes culturels, des logiques distinctes¹⁰⁰⁰, comme c'est le cas durant les périodes de transitions.

631. La question se pose de déterminer si le choix entre deux normes en conflit nécessite une référence à des éléments externes aux systèmes auxquelles appartiennent ces normes. Selon Timsit, le contrôle administratif, se référant à des éléments externes, serait hétéroréférenciel. Le juge détiendrait un pouvoir propre de surdétermination. Le contrôle juridictionnel, limité à des éléments internes au système serait autoréférenciel. Le juge serait essentiellement prédétermine et a défaut, son pouvoir de surdétermination serait limité par la volonté de l'auteur de la norme. Si le juge s'en écarte pour se référer à son

⁹⁹⁷Ibid., p. 172.

⁹⁹⁸Ibid., p. 289.

⁹⁹⁹Ibid., p. 172.

¹⁰⁰⁰Ibid., p. 177.

propre code culturel, on pourrait parler de « gouvernement des juges »¹⁰⁰¹. Il semble que dans certain cas les autorités juridictionnelles use d'un pouvoir de surdétermination analogue à celui exercé par les autorités administratives. Nous rechercherons si la Cour de justice et la Cour Suprême exercent et sont habilitées à exercer un contrôle hétéroréférentiel¹⁰⁰².

632. Le cas échéant, la question se pose de savoir dans quelle mesure ces cours assurent la centralisation du système dans lequel elles se prononcent. Selon Serge Sur, « l'interprétation serait d'autant moins influente, d'autant plus résiduelle que la centralisation (serait) rigoureuse »¹⁰⁰³. Lorsqu'un droit jurisprudentiel apparaîtrait dans un système de ce type, fortement hiérarchisé, il y aurait « substitution de centralisation ». La codétermination dépendrait alors exclusivement des institutions et non des autres membres du corps social. Nous rechercherons dans quelles mesures ces observations correspondent aux modèles canadien et européen. Certes, les cours jouent un rôle déterminant dans la « centralisation »¹⁰⁰⁴ de systèmes relativement hiérarchisés tels que l'UE et le Canada, en palliant aux lacunes de la prédétermination. Il est cependant peu probable qu'elles assurent seules cette fonction de codétermination¹⁰⁰⁵.

633. Au Canada, l'intégration d'un champ culturel à la norme n'est pas l'œuvre du seul législateur. La Cour Suprême y participe également. Ce faisant, elle procède à un contrôle hétéroréférentiel. Elle exerce un pouvoir de surdétermination propre. Lorsque la Cour s'est prononcée sur une question, elle clos le dialogue entre récepteurs de la norme. La Cour Suprême n'aura plus à opérer de choix entre les différents codes culturels en présence pour interpréter un conflit de loi si elle est à nouveau confrontée à cette question. La norme applicable sera codéterminée, reçue par l'interprète, une fois pour toute. Il n'y aura plus de transdiction mais une transcription de la norme. Le pouvoir de codétermination de la Cour Suprême est spécifique dans la mesure où elle apparaît en quelque sorte comme la « réceptrice finale » de la norme. Pour autant, selon la Cour, la « centralisation » exercée par la Cour n'est jamais parfaite dans la mesure où de nouvelles questions relatives au partage des

¹⁰⁰¹Ibid., pp. 185- 186.

¹⁰⁰²Ibid., p. 186 : « Il y a à parler de fonctions juridictionnelles un abus de langage. C'est en effet ne pas savoir les modes d'engendrement du droit et ne rien vouloir considérer de l'autonomie dont dispose, à l'instar de l'autorité administrative, l'autorité juridictionnelle qui, à ce moment, use d'un pouvoir de surdétermination ».

¹⁰⁰³Ibid., p. 183.

¹⁰⁰⁴ Le terme « centralisation » est entendu ici non dans le sens de décision favorable à l'Etat fédéral mais dans le sens réduction de la dissémination du sens résultant des mécanismes de pré, co et surdétermination, p. 182.

¹⁰⁰⁵Ibid., p. 192.

compétences apparaissent perpétuellement, révélant le caractère dialogique du système.

634. La Cour de justice, comme la Cour Suprême, semblent exercer un pouvoir de surdétermination propre. Elle procède à un contrôle hétéroréférentiel. Cependant, la Cour donne à son contrôle les apparences d'un contrôle autoréférentiel. Ainsi met-elle en avant des éléments de prédétermination. La Cour dissimule des références à un code culturel. La transdiction¹⁰⁰⁶ se trouve camouflée sous les apparences d'une transcription. Il pourrait s'agir pour elle d'un moyen de conforter sa légitimité. En tant qu'institutions administrative la Cour assume peut son pouvoir de surdétermination. Pourtant, la mention dans les traités de principes tels que la subsidiarité l'autorise à procéder à un tel contrôle. En raison du caractère récent de l'Union Européenne, la participation de la Cour à la « centralisation » du système par l'interprétation du principe de subsidiarité demeure réduite. Codétermination, prédétermination et surdétermination demeurent disséminées¹⁰⁰⁷. A la différence du système canadien, la codétermination des normes demeure pour l'essentiel en cour, la Cour de justice n'y a pour l'heure mis un point final que de façon anecdotique.

Cette théorie ne suffit pas à rendre compte des modalités du choix par le juge des valeurs sociales en présence et de l'interaction entre ses valeurs et les valeurs personnelles de l'interprète. Il reste encore à préciser les effets du dialogisme sur le juge.

§3. La prise en compte des destinataires des décisions de justice

635. La nouvelle rhétorique contribue à expliquer comment le juge tranche entre plusieurs valeurs concurrentes et donc entre plusieurs compétences concurrentes. Le juge serait déterminé par les auditoires auxquels ses décisions s'adressent. Ainsi les décisions de la Cour de Justice relatives à la subsidiarité pourraient-elles être déterminées par sa volonté de persuader le législateur de l'Union Européenne, les législateurs nationaux ou encore les juges nationaux.

636. Encore faut-il brièvement résumer quelques apports de la nouvelle rhétorique, Perelman adopte un constructivisme nuancé, selon lequel le raisonnement judiciaire obéirait à une logique non formelle. Le constructivisme donne à l'interprète la place qui lui revient dans le processus d'interprétation en admettant que la réalité est, au moins partiellement, construite par celui qui la perçoit. Le juge, en interprétant les textes organisant le partage des

¹⁰⁰⁶Ibid.

¹⁰⁰⁷Ibid., p. 182.

L'apport de l'expérience canadienne pour la construction européenne

compétences, participe à leur organisation. Les motifs des décisions de justice seraient des arguments de persuasion de tous les justiciables dont elles affectent la condition. Le juge doit, pour se prononcer, rester dans des limites relatives au contexte de la décision et à « l'auditoire » auquel elle est destinée.

La nouvelle rhétorique de Perelman néglige les spécificités des « auditoires » des décisions de justice. Pourtant, les valeurs d'un « auditoire », ses attentes, représentent des contraintes pour le juge au même titre que le droit positif. La nouvelle rhétorique ne suffit pas à déterminer quelles valeurs et quelles attentes privilégier lorsque les valeurs des différents « auditoires » du juge sont multiples, ce qui est le plus souvent le cas. Ce choix entre champs de valeurs ne peut être compris sans référence au climat social, à la conjoncture de la société. L'histoire intellectuelle des juges peut également expliquer ces choix. La question se pose de savoir à quoi doit se référer le juge en cas de contradiction entre les différentes contraintes pesant sur sa décision.

637. Dans le cas du partage des compétences, Andrée Lajoie souligne la nécessité d'ajouter la Cour et éventuellement le gouvernement à « l'auditoire universel » et à « l'auditoire particulier ». De même en droit de l'Union Européenne, les institutions de l'Union Européenne et, dans une moindre mesure, les gouvernements nationaux, pourraient-ils être pris en compte. De plus, la notion d'auditoire universel devrait être précisée afin de rendre compte des rapports de force, des conflits sociaux et politiques, qui divisent la société¹⁰⁰⁸.

Nous tenterons de rechercher comment les décisions des Cours relatives à la subsidiarité ont pu être influencées par leurs volontés d'associer leurs légitimités par rapport aux institutions politiques. Encore faut-il pour cela préciser le contexte dans lequel ont été rendues les décisions relatives à la subsidiarité.

¹⁰⁰⁸Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Paris, PUF, 1958.

L'auditoire particulier correspond à la juridiction et l'auditoire universel à l'ensemble des justiciables.

CONCLUSION DE LA SECTION 1

638. La Cour de justice et la Cour suprême doivent le plus souvent se référer à autre chose qu'aux textes qu'elles interprètent pour se prononcer. Dans certains cas, aucune méthode d'interprétation ne permet de résorber tout doute quant à l'interprétation d'un texte. Cela est d'autant plus vrai pour les litiges complexes portés devant de telles cours. L'interprétation de l'exercice des compétences n'échappe pas à cette règle. Le choix entre différents niveaux de compétences traduit un choix de valeurs lorsque les normes de chaque niveau de pouvoir poursuivent des objectifs distincts. En choisissant entre deux droits, la Cour choisit entre deux champs de valeurs. Dans des sociétés pluralistes comme l'Union Européenne ou le Canada, la référence à un socle de valeurs figé ne permet pas de trancher entre des champs de valeurs concurrents. La délibération semble seule à même d'opérer un tel choix. La Cour de justice et la Cour suprême peuvent légitimement intégrer les valeurs émergeant de cette délibération à leurs décisions. Elles peuvent en tout cas choisir d'écarter le texte qui n'y serait pas conforme. En démocratie délibérative, les textes fondateurs sont insuffisants à résoudre tout conflit de valeurs; il s'agit par conséquent de déterminer comment le fruit de la délibération publique peut être saisi; cette délibération n'apparaît pas explicitement, ou rarement, dans la motivation des décisions de la Cour. Nous tenterons dans une seconde section d'identifier quelques contraintes ayant pesé sur les décisions relatives à la subsidiarité examinées précédemment.

639. Le refus de la science du droit de porter des jugements de valeur, le refus de se référer à des valeurs comme droit, permet de garantir la neutralité entre valeurs concurrentes et la prévisibilité du droit. La distinction entre droit et valeurs, ainsi conçue, posséderait une valeur instrumentale. Cette pureté axiologique n'implique pour autant nul relativisme. Elle n'implique en rien qu'il ne puisse y avoir de hiérarchie entre les valeurs ou que les valeurs ne soient pas déterminantes dans la création du droit. Par conséquent, il n'est pas certain qu'elle s'impose à l'interprète lors d'un litige, en cas d'incertitude manifeste sur le sens à donner à une règle. En effet, lorsque le droit est indéterminé, la référence à des valeurs, à l'appui de son interprétation, ne saurait menacer sa prévisibilité puisque l'application devant être faite de cette norme est incertaine. De plus, lorsque plusieurs interprétations d'une norme sont en concurrence, chacune d'entre elles pourrait être justifiée par un champ de valeurs. La référence à des valeurs ne menace donc pas la neutralité du droit. Ces raisons expliquent la référence régulière de normes indéterminées à des standards, lesquels autorisent la référence à des valeurs de l'interprète.

640. L'exercice des compétences en constitue le parfait exemple. Lorsque les normes de deux niveaux de pouvoir entrent en conflit, le droit applicable est incertain. La référence des Cours, contraintes de se prononcer, ne pourrait donc

nuire à la neutralité du droit. La subsidiarité constitue, en quelque sorte, un standard permettant à l'interprète du partage des compétences de se référer à des champs de valeurs. La négation du lien entre valeurs et normes ne constituerait qu'un moyen d'imposer les valeurs majoritaires.

SECTION 2. L'INFLUENCE CONTEXTUELLE SUR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA SUBSIDIARITE

641. Nous avons montré précédemment que si le pouvoir de la Cour est limité par un cadre normatif¹⁰⁰⁹, largement évoqué dans la motivation des décisions, elle n'en conserve pas moins une marge de manœuvre importante. Nous rechercherons dans cette section quelles autres contraintes, non explicitement mentionnées dans les décisions pourraient participer à en déterminer le sens. Nous rechercherons si, comme l'affirme l'école fonctionnaliste ou sociologique du droit, la Cour participe à l'adaptation du droit aux nécessités sociales. La subsidiarité pourrait participer à cette adaptation. Nous examinerons en particulier ce que Lajoie qualifie de pouvoir externe du juge¹⁰¹⁰.

Le contexte institutionnel (*Sous-section 1*) et politique (*Sous-section 2*) dans lequel chacune des Cours se prononce n'est pas sans effet sur l'interprétation par le juge du principe de subsidiarité par la Cour de justice (§1) et la Cour suprême (§2). L'étude de ces influences devrait permettre de mieux comprendre comment l'interprétation de mécanismes de subsidiarité est déterminée par la recherche de légitimité institutionnelle et démocratique de la Cour de justice et de la Cour suprême.

Le contexte et l'opinion des autres institutions ne sont pris en compte par la Cour de justice et la Cour suprême dans leurs décisions que dans la mesure où ils leur permettent d'établir leur légitimité. Cette recherche de légitimité constitue la justification réelle des décisions de la Cour de justice et de la Cour suprême.

Sous-section 1. L'influence institutionnelle sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité

¹⁰⁰⁹Nous avons vu précédemment qu'une interprétation littérale ne suffisait pas à déterminer le sens de la subsidiarité et des théories canadiennes lui étant apparentées. Le juge l'interprète de façon téléologique, se référant aux objectifs systémiques et pragmatiques découlant des textes. Pour déterminer comment atteindre ces objectifs, les Cours se réfèrent largement à leur jurisprudence. Leurs décisions semblent donc prédéterminées et codéterminées.

¹⁰¹⁰Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

642. Les Cours semblent adopter des solutions assurant leur légitimité institutionnelle. Une décision menant à la destruction de la forme actuelle de l'Union Européenne serait rejetée par la Cour de justice (sous-section 1) comme une décision qui menacerait le fédéralisme actuel le serait par la Cour suprême du Canada (sous-section 2). La Cour semble exclure certaines positions, celles dont on pourrait prévoir qu'elles susciteraient l'hostilité collective de la société à laquelle elle appartient et de la communauté des juristes qui la composent. Ces positions pourraient porter le discrédit sur l'institution qui les a appliquées.

643. Alors que l'ouverture de la sphère juridictionnelle sur la sphère politique semble totale dans l'Union Européenne, cette ouverture ne semble que partielle au Canada. En effet, la Cour de justice n'a pour l'heure jamais censuré de normes émises par les institutions de l'Union Européenne sur la base du principe de subsidiarité. La Cour suprême a déjà invalidé des interventions fédérales ne pouvant être justifiées par la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement ou la clause de commerce.

Il est d'ailleurs remarquable qu'alors que la Cour de justice se limite à un contrôle formel de la compétence de l'Union Européenne, la Cour européenne des droits de l'homme procède à un contrôle récemment approfondi des normes nationales¹⁰¹¹.

¹⁰¹¹ Frédéric SUDRE, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *La semaine juridique*, 2013, n42, p. 1086.

Si tant est qu'elles ne sont pas fluctuantes, les modalités d'interprétation de la marge d'appréciation des Etats demeurent difficilement saisissables.

La Cour s'y est référée pour la première fois dans CEDH, *Lawless c. Irlande*, 14 novembre 1960, n 332/57.

On a parfois parlé « d'oscillations jurisprudentielles » ; certaines affaires proches chronologiquement et actuellement sont résolues de façon différentes par la Cour. L'interprétation de la marge d'appréciation par la Cour semble créer un lien entre la subsidiarité procédurale et la subsidiarité substantielle. Lorsque la CEDH laisse aux Etats une marge d'appréciation, elle applique un principe de subsidiarité procédurale puisqu'elle s'en remet à la décision des juridictions nationales. Cependant, son application de la marge d'appréciation dépend le plus souvent d'une évaluation de l'efficacité des protections nationales, ce qui relève d'une appréciation substantielle de la subsidiarité.

Les oscillations de la Cour résultent probablement de sa difficulté à déterminer à partir de quand il lui est possible de déterminer quel droit, du droit national ou conventionnel, est le plus efficace. Dans la pratique, la réponse à cette question semble relever de la surdétermination et de la codétermination. Il est probable que la Cour procède à une harmonisation lorsqu'elle perçoit que cela ne soulèvera pas de contestations majeures. La référence ponctuelle de la Cour à un consensus des Etats apparaît comme un indice de cette surdétermination dans la

644. L'influence de l'ordre politique sur l'ordre juridictionnel semble inévitable dans la mesure où l'efficacité du second est assurée par le premier. En retour, le législateur gagne en crédibilité lorsqu'une de ses lois est acceptée par la Cour. Le gouvernement ou les institutions de l'Union Européenne dans une moindre mesure sont renforcés dans leur potentiel de centralisation lorsque leurs normes sont reconnues comme étant compatibles avec la Constitution ou les traités. Le discours des Cours, apparemment technique et neutre, n'échappe pas à toute visée idéologique¹⁰¹².

645. Les Cours semblent parfois se comporter comme si, ne possédant pas de légitimité propre, leur légitimité émanait des institutions politiques. La légitimité des premières est en effet plus subtile, plus difficile à cerner, que celle des secondes. Pourtant, si les institutions politiques participent parfois à la désignation des juges, ces derniers n'en jouissent pas moins d'une autorité totalement indépendante.

L'influence du politique sur le contrôle juridictionnel devrait être réduite pour que le contrôle juridictionnel soit efficace. En effet, si en démocratie les justiciables devraient avoir choisi de souscrire à l'ordre juridique, ils ne peuvent

motivation de la Cour. Il est probable qu'un tel consensus joue un rôle dans les affaires mêmes où la Cour ne s'y réfère pas de façon explicite. La référence à l'efficacité n'étant qu'une rationalisation ultérieure de sa décision. Il est d'ailleurs à noter que les consensus relevés par la Cour apparaissent également comme des justifications ultérieures de sa décision, cette dernière résultant en réalité d'une appréciation moins tangible de la perception d'un droit au sein des Etats membres voire des rapports de forces déterminant l'interprétation et l'expression des droits.

Dans un sens semblable, Intervention de David Szymczak , « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Conv. EDH » Colloque IDEDH, Montpellier 1, 18 – 19 octobre 2013 « Formellement, nous l'avons dit , la subsidiarité semble être, dans ses multiples facettes, largement prédéterminée par le juge européen des droits de l'homme. (...) En pratique cependant, il semblerait plutôt que la subsidiarité soit codéterminée» .

Il est en effet probable que si la prédétermination, c'est à dire l'évaluation de l'efficacité, soulevait moins de difficultés, elle prendrait le pas sur la codétermination et la surdétermination.

David Szymczak affirme également que « Pour autant, l'inconstance du principe de subsidiarité renvoie moins selon nous au traditionnel clivage souveraineté/harmonisation ou à la tension unité/diversité qu'à la très grande difficulté sous jacente à donner un sens univoque à l'efficacité» .

¹⁰¹² Andrée Lajoie, Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

La Cour agit aussi comme « chien de garde du législateur» .

maîtriser l'influence exercée par le politique sur lui. Par ailleurs, le gouvernement est à la fois gouvernant et sujet de droit. Il est gouvernant lorsqu'il désigne des juges de la Cour suprême. Il est sujet de droit lorsque, en application d'une décision de la Cour suprême ayant résolu un conflit de loi en sa faveur, il dépose un projet de loi dans un domaine désormais de sa compétence et surtout lorsqu'il se soumet à une décision judiciaire.

Nous rechercherons donc à quel niveau et sous quelle forme la sphère politique influe sur la sphère juridictionnelle, en dépit des garanties posées à l'indépendance des juges.

§1.L'influence de la structure institutionnelle de l'Union Européenne

646. Nous montrerons d'abord que les limites du contrôle du principe de subsidiarité mentionnées précédemment ne découlent pas d'une dépendance institutionnelle de la Cour de justice à l'égard des institutions de l'Union Européenne(A), mais d'un défaut de légitimité de la Cour pour contester un consensus politique (B).

A. Les garanties de l'indépendance des juges de la Cour de justice

647. La nomination des juges et leur statut garantissent leur indépendance.

La Cour de justice est composée d'autant de juges que d'Etats membres, c'est à dire vingt-huit¹⁰¹³, ce qui permet d'éviter que la Cour ne soit dépendante d'intérêts étatiques¹⁰¹⁴.Lorsqu'un pays est partie au litige, ce qui est souvent le

¹⁰¹³Depuis 2007, ce chiffre pouvant être élevé jusqu'à 11 en cas de demande de la Cour

1. ¹⁰¹⁴ Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le premier décembre 2009, la nomination se faisait ensuite par commun accord pour un mandat de six ans, par les gouvernements des Etats membres, donc à l'unanimité. L'acceptation par les Etats membres du candidat proposé par l'Etat concerné semblait n'être qu'une formalité, aucun candidat n'était refusé. Ils étaient renouvelés par tranche tous les trois ans. Ils étaient choisis par les représentants des gouvernements des Etats, qui se réunissaient au Conseil pour proposer un ou plusieurs candidats, puis adoptaient l'acte de nomination des juges de la Cour à l'unanimité. La nomination politique d'un juge pose la question de sa performance, d'autant plus qu'un temps d'adaptation est nécessaire à optimiser sa compétence.

cas lorsque la subsidiarité est invoquée, la question de l'indépendance du juge nommé par ce pays se pose en effet¹⁰¹⁵. La question se pose également de l'indépendance des juges et avocats généraux envers les gouvernements les ayant nommés. La collégialité contribue à garantir cette indépendance.

648. L'application du principe de subsidiarité nécessite également l'indépendance des juges par rapport aux institutions de l'Union Européenne. Selon l'article 253 TFUE, tous les juges doivent présenter les garanties d'indépendance et réunir les conditions pour l'exercice, dans leur pays respectif¹⁰¹⁶, des plus hautes fonctions juridictionnelles¹⁰¹⁷. Le traité de Lisbonne a instauré un comité consultatif pour la nomination des juges et des avocats généraux chargés d'émettre un avis sur la compatibilité des candidats avec les fonctions exercées¹⁰¹⁸. Ce comité est composé de sept personnes

¹⁰¹⁵ Aucune condition n'est prévue dans les traités quant à la nationalité des juges afin de garantir leur indépendance vis à vis des Etats. Un Etat pourrait en principe présenter un juge de n'importe quelle nationalité, même s'il n'est pas originaire de l'Union Européenne. Cependant, les Etats ont toujours proposé des juges de leur nationalité, afin de préserver au sein de la Cour de justice les grandes traditions juridiques propres aux Etats. L'article 18 du statut de la Cour s'oppose d'ailleurs à ce que la nationalité d'un juge soit invoquée par une partie à l'occasion d'un litige. La diversité des juges contribue vraisemblablement à la qualité des décisions rendues.

¹⁰¹⁶ Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2022. La Cour de justice est composée d'un juge par Etat membre. Elle est assistée d'avocats généraux.

Le Tribunal compte au moins un juge par Etat membre.

17.12.2007 FR *Journal officiel* de l'Union Européenne C 306/21 Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice et les juges du Tribunal sont choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et réunissant les conditions visées aux articles 223 et 224 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. Ils sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres pour six ans. Les juges et les avocats généraux sortants peuvent être nommés de nouveau.

3. La Cour de justice de l'Union Européenne statue conformément aux traités.

¹⁰¹⁷ VESTERDORF, La nomination des juges de la Cour de justice de l'Union Européenne, CDE, 3/2011, p. 601.

Aucune formation politique n'est requise. Quoiqu'il n'existe pas de règles relatives à l'expérience pratique ou à la capacité juridique des candidats; les juges nommés sont hautement qualifiés et compétents.

¹⁰¹⁸ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (version consolidée), *Journal officiel* de l'Union Européenne C115 du 9 mai 2008, art. 255.

Ce comité comprend sept personnalités choisies parmi d'anciens membres du tribunal ou de la Cour de justice. Le Comité évalue de façon globale les capacités

choisies parmi d'anciens membres du Tribunal de Première Instance et de la Cour de justice, des membres des juridictions nationales suprêmes et de juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen¹⁰¹⁹. Les juges ont tous exercé des fonctions exigeant une haute qualification juridique dans leurs pays¹⁰²⁰.

649. Enfin, l'indépendance des juges est garantie par leur statut. Ils doivent prêter serment lors de leur entrée en fonction, s'engageant à faire preuve d'indépendance, d'impartialité, à tenir le secret professionnel. Par ailleurs, ils ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative, ni aucune activité professionnelle et s'engagent à respecter les obligations découlant de leur charge.

Les juges et avocats généraux jouissent de l'immunité de juridiction absolue s'étendant à tous les actes de leurs fonctions, même ceux de la vie privée¹⁰²¹.

B. La difficulté pour la Cour de contester un consensus politique

650. Les limites à la justiciabilité du principe de subsidiarité résultent partiellement du défaut de légitimité de cette dernière pour contester un consensus politique. Sur le plan procédural, le fait que le contrôle juridictionnel soit postérieur à la décision politique accentue ce phénomène.

La Cour ne possède pas une légitimité populaire qui lui permettrait de contester les décisions d'institutions politiques représentatives de la population.

juridiques du candidat, et entres autres, les garanties d'indépendances et d'impartialité que celui ci présentes. Le comité ne choisit pas les juges mais peut censurer une candidature. Ce comité, s'il perfectionne le filtrage des candidatures, présente l'inconvénient de prendre un temps important. Il pourrait par ailleurs dissuader d'éventuelles candidatures. Enfin, il pourrait être délicat pour lui d'apprécier l'opportunité du renouvellement d'un juge.

¹⁰¹⁹ <http://www.touteurope.eu/fr/organisation/institutions/cour-de-justice-de-l-union-europeenne.html>, (consulté le 1 Avril 2013)

¹⁰²⁰ Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1994.

¹⁰²¹ Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1994.

2. Seule la Cour peut lever cette immunité. Pour leurs actes officiels, ils continuent à bénéficier de cette immunité après la cessation de leurs fonctions. Ils ne peuvent être relevés de leurs fonctions que par décision unanime de la Cour, l'intéressé ne pouvant participer aux délibérations.

651. L'exercice de ce contrôle s'avère dans la pratique difficile pour la Cour qui hésite à contester un consensus entre les États membres établi devant le Conseil. L'application du principe de subsidiarité est autant politique que juridique. Cela devrait impliquer que l'aspect politique de la question soit contrôlé lors du processus normatif. Les États demeurent les mieux à même de déterminer qui possède la meilleure capacité d'action alors que la Cour n'est pas un organe décisionnel ayant un pouvoir discrétionnaire d'évaluation. Elle pourra vérifier si la motivation de la légitimité de l'action de l'Union Européenne est suffisante mais pourra difficilement contester une décision au fond. Le contrôle de la Cour se révèle particulièrement difficile dans certains domaines où les divergences entre États membres sont profondes, comme la politique industrielle et sociale. Pour toutes ces raisons, le contrôle des actes de l'Union Européenne devrait être renforcé. La Cour semble réticente à effectuer un contrôle d'opportunité des propositions de la Commission. Or le principe de subsidiarité implique un questionnement économique et social souvent complexe.

652. La Cour n'a guère invalidé de texte pour non-respect de ce principe. Tout au plus interprète-t-elle des textes en s'y référant¹⁰²². Elle se contente le plus souvent d'assurer l'exécution de directives lorsque le pouvoir de la Communauté, pour les émettre, se fonde sur le principe de subsidiarité. Elle laisse aux institutions politiques le soin de rechercher quel niveau de gouvernement est le plus à même de légiférer et d'ainsi préciser, par l'interprétation du principe de subsidiarité, le partage des compétences.

Pour contrôler le principe de subsidiarité, la Cour pourrait avoir à remettre en question l'appréciation des institutions de l'Union Européenne mais également des actes que les États membres eux-mêmes n'auraient pas contestés par le biais d'un recours en annulation.

En effet, la plupart des « grands arrêts de la subsidiarité » concernent des arrêts rendus par voie préjudicielle¹⁰²³ ; la Cour n'a pas grand intérêt à remettre en cause une norme de l'Union Européenne qui ne serait pas directement contestée par les États eux-mêmes.

§2. L'indépendance du judiciaire, condition de légitimité de la Cour suprême

¹⁰²²*Avesta Polarit Chrome Oy.*, Affaire C-114/01, 11 septembre 2003, p. 88.

¹⁰²³*British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002, Rec. I-11453, AJDA 2003. 377, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert.

Natural Health et Nutri-Link, C-154/04 et C-155/04, Rec. I-6451.

Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010), points 76 à 78.

653. L'organe de contrôle de la constitutionnalité, qu'il soit judiciaire ou politique, doit en régime fédératif être le plus impartial possible et ne dépendre d'aucun niveau de gouvernement. La nécessité d'indépendance du pouvoir judiciaire¹⁰²⁴ vis-à-vis des autres pouvoirs a été maintes fois reconnue par la jurisprudence¹⁰²⁵ et par la doctrine¹⁰²⁶. Elle trouve un ancrage dans la coutume, la loi, la loi constitutionnelle¹⁰²⁷. Elle comprend une composante institutionnelle (a) et une composante individuelle(b)¹⁰²⁸. L'indépendance individuelle du juge s'attache à ses fonctions purement juridictionnelles. L'indépendance institutionnelle s'attache davantage au statut du judiciaire en tant qu'institution gardienne de la constitution, et garde par le fait même un profond engagement envers la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs¹⁰²⁹. La Cour est

¹⁰²⁴André Bzdera, L'impact de quelques arrêts des cours suprêmes fédérales sur le partage des pouvoirs au Canada, aux États-Unis et dans les Communautés européennes, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître ès sciences (M.Sc.) en science politique, Département de science politique, Faculté des arts et des sciences, Janvier 1990, <http://pages.infinit.net/fedtext/Doc/bzdera-impact.pdf>.

¹⁰²⁵ *Alvetta-Comeau c. A.P.L. et commission scolaire de Brossard*, [1986] R.J.Q.1773

Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56

B.P. oilc.Fournier R.et F, [1979]-, vol 4, 224.1, CA)

Committes for justice and liberty c. office national de l'énergie, [1978] 1R.C.S. 369

Gold c.P.G.Qc. 234 C.P.,[1986] R.J.Q.2924.

R.c. Messier,[1985] 44 CR (3d) 235 9Qc CSP)

R.c. Valente, [1985] 2 RCS G.73.

Re Justices of the Peace Act, [1985] 16 C.C.C. (3d) 193 (C.A. out).

Re c. McCutcheon and city of Toronto, [1983]147 D.L.R. (3d) 193 (HC Ont.)

Re currie and Niagara Escarpment commission, [1984] 13 C.C.C. (3d) 35.

Rv. Squires,[1984] 51 NF1d and P.E.I.R. 46, 150, APR 46.

Univeral Spa Ltée c. valois, [1085] C.S. 216(IPE), [1998] 2 RCS 443

¹⁰²⁶ Karim Benyekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1988.

¹⁰²⁷*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 (R-U.)], art. n 11d

¹⁰²⁸ *Mackin c Nouveau Brunswick* (ministre des finances); *Rice c Nouveau Brunswick*, [2002] 1 RCS 405

Charkaoui c Canada (citoyenneté et immigration), 2007]CSC 9, §32 47

¹⁰²⁹ *Mackin c Nouveau Brunswick* (ministre des finances); *Rice c Nouveau Brunswick*, [2002] 1 RCS 405

venue préciser les conditions de l'indépendance des juges dans le Renvoi *relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale*¹⁰³⁰.

a. L'indépendance institutionnelle

654. Ainsi, la Cour suprême doit-elle être en mesure d'échapper aux pressions du Parlement et du gouvernement¹⁰³¹. La Cour ne doit pas être nommée selon « le bon plaisir » du gouvernement, mais « sur bonne conduite » . Les juges sont inamovibles, ce qui leur permet de résister à l'influence gouvernementale. La nomination doit être publique afin d'éviter que l'on ne la soupçonne d'être déterminée par des considérations politiques. Même nommé de façon partisane, un juge doit prendre ses décisions de façon indépendante.

L'administration de la justice¹⁰³² est une autre garantie de l'indépendance judiciaire. Le budget alloué à la justice est déterminé par le gouvernement et voté par le Parlement. On pourrait en effet craindre qu'une compétence exclusive du Parlement dans ce domaine n'affecte les conditions de travail des juges. Plusieurs griefs peuvent être portés à l'encontre de la nomination des juges telle qu'elle a lieu aujourd'hui¹⁰³³ ainsi qu'à l'administration de la justice.

b. L'indépendance individuelle

Charkaoui c Canada (citoyenneté et immigration) 2007 CSC 9, §39 et 40

¹⁰³⁰Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3

¹⁰³¹*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.), art.96 99 et 100 , l'indépendance de la justice par rapport aux deux paliers de gouvernement a été érigé en principe fondamental dans *Mc Evoy c. PG Nouveau-Brunswick*, (1983) 1 RCS 704 p. 720 Droit constitutionnel Supplément, Chap VIII

cf. aussi opinion du juge Dickson dans Bauregard: le partage des compétences suppose l'indépendance et l'impartialité des tribunaux qui sont appelés à l'interpréter, le préambule de la loi constitutionnelle rappelant que la Constitution canadienne repose sur les même principes que celle du RU, cf. principe de séparation de pouvoirs et de primauté du droit.

¹⁰³²*R c Valente* (n2), 1983] 145 D.L.R. 452 (CA Ont)

C'est l'adjudication indépendante qui compte et non l'administration judiciaire indépendante.

Cette décision porte également sur la révocation par le gouvernement des juges nommés.

¹⁰³³La nomination des Cours supérieures et tribunaux fédéraux a parfois été considéré comme un accroc au principe du fédéralisme Jacques BROSSARD, « La Cour Suprême et la Constitution; le forum constitutionnel au Canada» , Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 133.

655. L'indépendance individuelle des juges suppose qu'en dehors même de leurs fonctions, ils se soumettent à des règles de conduite spécifiques. Ainsi, la déontologie impose que les juges n'exercent pas en pratique privée et ne se prononcent pas publiquement sur des problèmes politiques ou sur des problèmes qui pourraient leur être posés¹⁰³⁴. L'octroi d'une pension est considéré comme une garantie de cette indépendance.

*c. L'apparence d'indépendance, une condition de
légitimité*

656. Les nominations doivent être publiques. Ainsi, chacun peut être convaincu de leur neutralité. Si une nomination est partisane, elle ne doit pas entraver la capacité du juge à rendre une décision impartiale et indépendante. L'indépendance judiciaire doit d'ailleurs être reconnue par tous. La magistrature doit jouir d'une intégrité spéciale. La juge Laskin, ancien juge en chef du Canada, parlait ainsi de confiance de la population envers le judiciaire, cette dernière devant croire que l'administration de la justice se fait de façon indépendante des autres pouvoirs. Dans cette optique, une justice impartiale nécessite l'indépendance du pouvoir judiciaire, mais également la capacité à comprendre les justiciables.

***Sous-section 2. L'influence du contexte politique et social
sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité***

657. En droit de l'Union Européenne, une influence contextuelle peut être pressentie (§1), elle reste néanmoins réduite dans la mesure où la Cour se limite dans son application de la subsidiarité. La Cour suprême procédant à un contrôle plus effectif des interventions fédérales fondées sur les compétences générales de ce dernier, des liens entre les décisions rendues et leurs contextes peuvent être observés (§2).

***§1. L'influence du contexte politique et social sur le
contrôle juridictionnel de la subsidiarité en droit de l'Union
Européenne***

¹⁰³⁴Charles MERCIER, « L'indépendance de la magistrature canadienne » , *Revue juridique des étudiants de l'Université Laval*, 1988-10.

658. L'arrêt Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne¹⁰³⁵ est rendu par la Cour de justice durant les négociations du traité d'Amsterdam¹⁰³⁶. Ce dernier accorde à l'emploi une place considérable et lui consacre un titre entier¹⁰³⁷. La coopération en matière d'emploi est encouragée par le biais de « bonnes pratiques » permettant l'évaluation qualitative de l'influence réciproque des États. La convergence est poursuivie par la fixation d'objectifs communs. A la fin de l'année 1997, un sommet extraordinaire sur l'emploi a eu lieu¹⁰³⁸. Quoique cet arrêt ne porte pas sur la question de l'emploi, la prise en compte grandissante de la politique sociale par la Communauté pourrait avoir influencé la Cour. En Grande-Bretagne, l'emploi apparaît également comme une préoccupation majeure, l'élection de Tony Blair en 1997 le montre.

659. L'arrêt *Commission c. Allemagne*¹⁰³⁹ a, pour sa part, été rendu peu après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne¹⁰⁴⁰. Ce dernier renforce la dimension sociale de l'Europe. La charte des droits fondamentaux acquiert une valeur juridique ; cette charte comprend entre autres des droits sociaux. Le traité assigne à l'Union Européenne de nouveaux objectifs sociaux parmi lesquels figurent le plein emploi et le progrès social¹⁰⁴¹. En outre, une « clause sociale » est introduite, imposant de prendre en compte, dans toutes les politiques de l'Union Européenne, des exigences sociales « liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de

¹⁰³⁵Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996, en ligne: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0120:FR:NOT>, (consulté le 23 novembre 2013)

¹⁰³⁶Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, *Journal officiel* des Communautés européennes du 10 novembre 1997, C 340/1

¹⁰³⁷Robert HOLCMAN, « La dimension européenne des politiques de l'emploi », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n°474, janvier 2004, pp. 385-393.

¹⁰³⁸Conseil européen extraordinaire sur l'emploi, Luxembourg; 20/21 novembre 1997

¹⁰³⁹*Commission contre République fédérale d'Allemagne*, Affaire C480/06, 9 juin 2009, en ligne: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0480:FR:HTML>, (consulté le 24 novembre 2013)

¹⁰⁴⁰Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012

¹⁰⁴¹La lutte contre l'exclusion et les discriminations; la promotion de la justice; l'élimination de la pauvreté constituent d'autres objectifs.

protection de la santé humaine » . Enfin, le traité de Lisbonne favorise le dialogue entre partenaires sociaux¹⁰⁴². Ce contexte favorable au développement de droits sociaux pourrait contribuer à expliquer la reconnaissance de la compétence de l'Union Européenne dans *Commission c. Allemagne*.

§2.L'influence du contexte politique et social sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité au Canada

660. L'exemple canadien montre que la prise en compte d'éléments substantiels ne porte pas atteinte à la légitimité de décisions juridictionnelles. La Cour suprême, pour renforcer sa légitimité, doit persuader « l'auditoire populaire » . La prise en compte du contexte dans ses décisions pourrait constituer un moyen de poursuivre cet objectif.

661. En matière d'environnement, le poids d'ententes intergouvernementales et de la réunion du Conseil Canadien des Ministres de l'Environnement sur les décisions de la Cour de justice étudiées est perceptible (1). La soumission par le procureur général du Québec d'une question constitutionnelle contestant la validité de certaines dispositions de la Loi sur la Procréation Assistée et l'opinion favorable aux provinces de la Cour d'appel du Québec pourraient expliquer la position mitigée de la Cour dans le Renvoi relatif à la procréation assistée (2). Enfin, le droit social était au cœur des préoccupations politiques lors de la décision Ontario Hydro en matière de relations de travail (4).

1. L'influence contextuelle sur l'interprétation de la subsidiarité en matière d'environnement

662. Deux types d'influences majeures peuvent être décelés, celles des ententes intergouvernementales d'une part (a), celle de la réunion du Conseil Canadien des Ministres de l'Environnement (b) d'autre part, révélatrice d'un contexte international favorable à la protection de l'environnement.

¹⁰⁴² Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), 7 février 1992 (Maastricht), *Journal officiel* de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012, aspects sociaux, le 10 octobre 2011, site du ministère du travail de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, Accueil>Europe / International>L'action européenne et internationale de la France dans le domaine social>Europe, <http://travail-emploi.gouv.fr/europe-international,884/l-action-europeenne-et,1707/europe,2073/le-traite-de-lisbonne-aspects,14028.html>, (consulté le 1^{er} juin 2013)

*a. L'influence des Ententes Intergouvernementales sur
le partage des compétences environnementales*

663. Au moment de la décision *Crown Zellerbach*, l'heure était à l'unilatéralisme des Relations Intergouvernementales. En revanche, lors de la décision *Friends of the Old Man River*, favorable aux provinces, les Relations Intergouvernementales encourageait la collaboration ; ce qui pourrait s'expliquer par les résultats du référendum récent. Cette corrélation ne prouve pas une influence des Relations Intergouvernementales sur les décisions de la Cour suprême mais autorise pour le moins de noter le poids d'un contexte politique sur la jurisprudence de cette Cour.

Les « Relations Intergouvernementales » découlent d'une conception « diplomatique » des rapports entre partenaires fédéraux relevant du droit interne. Leur application peut, dans certains cas, mettre entre parenthèses l'application de mécanismes de subsidiarité. Tel n'est pas toujours le cas puisque ces conventions se réfèrent parfois à la subsidiarité. Elles permettent une pratique qui renforce les pouvoirs exécutifs et marginalise dès lors le contrôle juridictionnel de l'action publique.

La question se pose du statut des Relations Intergouvernementales pour les parties et à l'égard des tiers ainsi que de leur place dans la hiérarchie des normes. Elles n'ont, en principe, pas de valeur contraignante pour les parties mais leur valeur peut se situer le long d'une échelle de contractualité, à partir d'un faisceau d'indices. En principe, les Ententes Intergouvernementales ne génèrent aucun droit ou obligation directs pour les citoyens. Leur valeur est généralement inférieure à celle du règlement, les autorités fédérales ou provinciales peuvent toujours légiférer à l'encontre d'une entente.

Elles sont pourtant dotées d'une très grande effectivité, ce qui contribue à relativiser le rôle du droit positif et à renforcer la marge de manœuvre des exécutifs...Elles assurent une coordination matérielle et une collaboration procédurale, le règlement des différends et une coopération organique: création d'organes conjoints ou indépendants, avec ou sans personnalité juridique, certains pouvant exercer une forme de pouvoir réglementaire.

A ces fonctions explicites, s'ajoutent des fonctions implicites. Elles sont des instruments de *realpolitik* (« regulating by contract ») pouvant servir d'alternative aux paralysies constitutionnelles et répondre à la paralysie canadienne en contournant ou limitant l'incertitude relative à la répartition formelle des compétences ou en autolimitant l'exercice de compétences constitutionnelles. Les Conférence InterGouvernementale peuvent reconnaître une asymétrie dans certains domaines [3] et intégrer un régime jusqu'alors dualiste. Les ententes intergouvernementales peuvent servir de substitut à des réformes constitutionnelles. Elles montrent le caractère souple adaptable et fonctionnel du fédéralisme canadien. Elles instaurent un fédéralisme asymétrique, pouvant supplanter l'organisation constitutionnelle des compétences et l'adapter aux diversités provinciales. Ces ententes ont été

reconnues constitutionnelles par la Cour suprême du Canada. Les ententes intergouvernementales acquièrent un impact toujours plus grand quoiqu'indirect.

Les relations intergouvernementales sont omniprésentes¹⁰⁴³. Sans forcément clarifier le partage, elles permettent aux partenaires de la fédération d'aménager leurs rôles respectifs afin de répondre à des objectifs d'efficacité, les institutions politiques ou la population (via des mécanismes d'imputabilité et de transparence), en marge du contrôle Parlementaire ou judiciaire, complètent les lacunes du texte constitutionnel en matière de partage des compétences. Le fonctionnalisme du système rend ce type d'évolution difficilement évitable, reléguant à la seconde place le droit public.

b. La réunion du Conseil Canadien des Ministres de l'Environnement

664. La réunion du Conseil Canadien des Ministres de l'Environnement, en insistant sur la nécessité d'une protection efficace de l'environnement, justifie une intervention fédérale. La coexistence de plusieurs niveaux de gouvernement ne suffit pas à assurer le respect de la subsidiarité dans la mesure où aucune substitution de compétences provinciales n'est prévue.

665. Cette réunion a mis l'accent sur la nécessité d'une protection efficace de l'environnement. La question se pose de l'influence de la 26^e réunion du Conseil Canadien des Ministres de l'Environnement, tenue en 1987, sur la décision *Crown Zellerbach* en 1988. En effet, cette réunion met en avant la nécessité d'une protection efficace de l'environnement, ce qui aurait pu déterminer la validation de l'intervention fédérale dans cette décision par les juges¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ Le statut juridique des Ententes Inter-Gouvernementales varie d'une fédération à l'autre. Elles s'intègrent à ce que Cornes appelle le « constitution-making », processus de « real politik » qui ne commence qu'à la fin de la rédaction du texte constitutionnel. Dans la tradition continentale, on présume de la juridicité des ententes Inter-Gouvernementales, ce qui n'est pas le cas dans la tradition anglosaxonne.

Cornes, cite dans Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, McGill University. Faculté de droit et Forum des fédérations, *Le fédéralisme dans tous ses états: gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism: governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éditions Yvon Blais; Bruxelles, 2005.

¹⁰⁴⁴ L'impact de ces réunions sur les décisions de la Cour Suprême, relatives au partage des compétences en matière d'environnement, demeure réduit puisqu'elles traitent le plus souvent de sujets spécifiques. En 1991 par exemple, la réunion annuelle de la CCME portait essentiellement sur l'emballage, la gestion

666. Les ministres canadiens de l'environnement ont, durant leur réunion annuelle, discuté « de plusieurs questions d'intérêts communs et ont élaboré de nouvelles orientations en matière de leur politique d'environnement et de collaboration intergouvernementale¹⁰⁴⁵ ». Le ministre Tom Mc Millan a, entre autres, fait état d'un projet de loi sur la protection de l'environnement dont certaines dispositions seront contestées dans Hydro Québec. Les ministres ont recherché par quelles mesures harmoniser leurs interventions administratives et réglementaires dans le domaine de l'environnement¹⁰⁴⁶.

667. L'instauration de « tables rondes sur l'environnement et l'économie » a, entre autres, été prévue; le but de ces tables étant de permettre une concertation des grands décideurs de l'État, de l'industrie et des Organisations Non Gouvernementales des provinces et territoires du Canada, de formuler des recommandations à leurs premiers ministres respectifs¹⁰⁴⁷. Les pouvoirs publics pourraient ainsi élaborer des stratégies de conservation tout en laissant un rôle important aux industries et organisations gouvernementales. Le rapport suggère à chaque province de se doter d'une stratégie de conservation d'ici 1992. Une conférence nationale sur le développement durable permettrait d'examiner les progrès accomplis en 1989 ou 1990. Une stratégie nationale accompagnerait et compléterait les stratégies provinciales et territoriales. Cette démarche s'inscrit dans une réflexion internationale, puisque le document en résultant sera intégré au rapport final de la commission mondiale intitulée « notre avenir à tous ». La Commission mondiale sur l'environnement et le développement propose par ailleurs une conférence internationale sur l'environnement et le développement économique.

668. Cette réunion est demeurée insuffisante à garantir une répartition subsidiaire des compétences. Ces projets pourraient s'inscrire dans une logique

des déchets et les problèmes atmosphériques. Il est donc peu probable qu'elle ait eu un impact sur la décision Friends of the old man river.

6 et 7 Novembre 1991 à Halifax (Nouvelle Ecosse), communiqué d'information du Conseil des Ministres Canadiens des Ressources et de l'Environnement faisant le point de leur réunion annuelle, documents 830-413/ 021, 830-413/ 022, 830-413/ 022, 830-413/ 025, 830-413/ 026, 830-413/ 027

¹⁰⁴⁵ 23 et 24 septembre 1987 à Québec, communiqué d'information du Conseil des Ministres Canadiens des Ressources et de l'Environnement faisant le point de leur 26^e réunion annuelle, document 830-284/ 023

¹⁰⁴⁶ 23 et 24 septembre 1987 à Québec, communiqué d'information du Conseil des Ministres Canadiens des Ressources et de l'Environnement faisant le point de leur 26^e réunion annuelle, document 830-284/ 023, point 7.

¹⁰⁴⁷ 23 et 24 septembre 1987 à Québec, communiqué d'information du Conseil des Ministres Canadiens des Ressources et de l'Environnement faisant le point de leur 26^e réunion annuelle, document 830-284/ 021.

de subsidiarité puisque elle intègre plusieurs niveaux de pouvoir. Cependant elle demeure silencieuse sur les rapports qu'ils devront entretenir. La recherche d'efficacité qu'elle traduit semble encourager une intervention fédérale, cette dernière paraissant plus à même d'assurer des résultats rapides. Cependant, ces documents ne prévoient pas la possibilité d'une substitution d'une intervention provinciale à l'intervention fédérale. Pourtant, la jurisprudence ultérieure montrera qu'un conflit entre compétences fédérale et provinciale n'est pas seulement théorique. La centralisation en matière d'environnement pourrait s'avérer nocive si la législation fédérale s'avérait insuffisamment protectrice¹⁰⁴⁸.

2. Le contexte politique de la décision Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée

669. Le progrès des techniques de manipulation biologique de la reproduction humaine a permis entre autres la naissance de bébé issu de la fécondation in vitro. De nouvelles techniques de reproduction permettent désormais aux couples rencontrant des problèmes de fécondité, aux personnes seules et aux couples homosexuels de concevoir et porter leur enfant biologique¹⁰⁴⁹. Ces innovations suscitent des questions éthiques. Certains considèrent que ces problèmes sont effacés par le droit à l'autonomie dans le choix de la procréation. Certaines nouvelles techniques de reproduction pourraient s'avérer médicalement nocives.

670. Le gouvernement fédéral du Canada a nommé en octobre 1989 la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. Il lui a confié pour mandat de réaliser une étude approfondie afin de rendre compte de l'évolution de la science médicale relativement aux nouvelles techniques de reproduction, ainsi que de leurs conséquences sociales, morales, juridiques, économiques et de leurs répercussions sur la santé et la recherche¹⁰⁵⁰. La Commission, aussi nommée Commission Baird, a « tenu des audiences publiques dans tout le pays et reçu des mémoires de nombreux intervenants et parties

¹⁰⁴⁸Certains partis politiques québécois invoquent en particulier l'environnement comme motif pour revendiquer davantage d'autonomie.

Cf. « l'environnement, un enjeu majeur pour la Commission de la Relève », le 26 Avril 2013 par Commission Relève, Avenir Québec.

¹⁰⁴⁹Site du Parlement du Canada, publications de recherches de la bibliothèque du Parlement, Statut juridique légal de la procréation assistée au Canada, <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2011-82-f.htm>, (consulté le 10 juin 2013)

¹⁰⁵⁰Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Un virage à prendre en douceur, rapport final, Ottawa, vol.1, 1993, p. 2.

intéressées » ¹⁰⁵¹. Elle les a présentés au gouverneur général en novembre 1993. Dans son rapport, intitulé *Un virage à prendre en douceur*, elle recommandait d'interdire plusieurs actes par la voie législative et de créer un cadre réglementaire afin de garantir une utilisation sécuritaire, éthique et responsable des nouvelles techniques de reproduction ainsi que la création d'une commission nationale sur les techniques de reproduction chargée de définir et d'appliquer une politique sur les nouvelles techniques de reproduction dans l'intérêt public national.

671. En juillet 1995, le ministre de la santé a répondu à la Commission Baird, par l'annonce d'un moratoire volontaire¹⁰⁵², concernant neuf pratiques indiquées dans le rapport¹⁰⁵³. Le projet de loi C-47, visant à interdire les pratiques déjà bannies par le moratoire, a avorté en avril 1997¹⁰⁵⁴.

Le ministre de la santé a déposé à la Chambre des communes en 2001, après consultation du public, un projet de loi sur la procréation assistée¹⁰⁵⁵, le Comité

¹⁰⁵¹Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

¹⁰⁵² Publication de recherche de la bibliothèque du Parlement <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2011-82-f.htm>, (consulté le 12 Novembre 2013)

¹⁰⁵³ Ce moratoire, décrit comme la première étape dans l'élaboration d'interdictions législatives, demandait au corps médical et aux chercheurs de s'abstenir de recourir aux pratiques suivantes : le clonage d'embryons humains; la commercialisation de la maternité de substitution ou des contrats de mère porteuse, l'achat et vente d'ovules, de sperme et d'embryons; le don d'ovules en échange de services de fécondation in vitro; la modification des cellules germinales (transmissible aux générations suivantes); l'ectogenèse (création d'un utérus artificiel); le choix du sexe à des fins non médicales; la création d'hybrides animal-humain; le prélèvement d'ovules sur des fœtus ou des cadavres en vue de dons, d'une fécondation ou de recherches.

¹⁰⁵⁴ En 1996, le ministre de la Santé a déposé le projet de loi C-47 : Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine (titre abrégé : « Loi sur les techniques de reproduction humaine et de manipulation génétique »). Ce projet de loi était décrit comme la première de deux étapes d'un processus législatif. Un deuxième projet de loi, portant sur le cadre réglementaire plus général et restreignant diverses autres pratiques, devait être déposé par la suite, mais cela n'a pas été le cas.

Le projet de loi C-47 est mort au feuillet en avril 1997, à la dissolution de la 35^e législature. Il proposait d'interdire les pratiques déjà bannies dans le cadre du moratoire et d'autres encore.

¹⁰⁵⁵ Dès la fin des années 1990, le ministère de la Santé fédéral (Santé Canada) a publié un aperçu et des documents de travail sur les techniques de reproduction

permanent de la santé de la Chambre des communes veillant à l'évolution de ce dossier.

Après que le projet de loi a reçu la sanction royale, le 29 mars 2004, le procureur général du Québec a soumis à la Cour d'appel du Québec une question constitutionnelle contestant la validité de certaines dispositions de la Loi sur la Procréation Assistée. La Cour d'appel, en 2008, a estimé que les dispositions contestées excédaient la compétence fédérale en matière de droit pénal et qu'elles étaient donc inconstitutionnelles. La Cour suprême du Canada va connaître le Renvoi l'année suivante, lorsque le gouvernement du Canada va faire appel de ce jugement¹⁰⁵⁶.

3. La légitimité de la recherche d'efficacité par la Cour dans le domaine commercial

672. Une association économique, pour être efficace, doit être accompagnée d'une association politique. En effet, pour conserver une intégration économique poussée, chaque membre doit être disposé à modifier ses politiques lorsqu'elles sont incompatibles avec les objectifs de la fédération. Les décisions de politique économique adoptées dans une juridiction peuvent avoir des effets appréciables dans les autres. Il s'agit d'éviter ainsi que les membres ne soient victimes d'actions unilatérales non prévues par le traité ou pacte d'association ou encore qu'ils se retrouvent dans l'impossibilité de prendre des mesures contre d'autres membres allant à l'encontre des procédures et principes auxquels ils ont tous souscrit.

673. Il s'agit également d'augmenter la transparence de l'élaboration de politiques économiques afin que les citoyens les comprennent et puissent y participer davantage.

Le système canadien est le seul à même de satisfaire les aspirations de toutes les provinces. Une union économique permet de faire d'importantes économies dans la prestation de service public comme dans la production du service privé. Une union économique nécessite également une monnaie commune favorisant les échanges, en éliminant l'incertitude liée au taux de change et au coût des transactions.

En outre, une union économique nécessite un encadrement des entreprises, des normes uniformes en matière de travail et de produit, des politiques économiques et finales coordonnées et organisées. Dans le cas du Canada comme dans celui de l'Union Européenne, les politiques budgétaires des entités

et de manipulation génétique, et a proposé des mesures de surveillance législative et réglementaire.

¹⁰⁵⁶Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

englobées ne sont pas toujours coordonnées et ne sont pas harmonisées avec la politique monétaire.

674. Cependant, alors qu'il existe dans l'Union Européenne des écarts importants entre les États sur le plan économique et social, de tels écarts sont amortis au Canada par des programmes d'aide. La fédération établit un lien de solidarité entre les membres. L'intérêt commun n'est pas soumis au veto d'un intérêt particulier car la Constitution sert les intérêts communs¹⁰⁵⁷. Il n'existe pas au Canada d'institutions équivalentes au conseil dans l'Union Européenne permettant aux États de faire durer les négociations.

Dans l'arrêt *General Motors of Canada* ¹⁰⁵⁸, la Cour va valider une intervention fédérale en matière de commerce intraprovincial. Dès lors la question se pose de savoir si ces critères garantissent le maintien de l'autonomie provinciale.

En effet, l'évaluation de la capacité provinciale à réglementer efficacement un domaine ne peut être purement juridique ; elle requiert des références économiques qui dépassent le champ d'expertise des juges. Il semble également difficile d'évaluer de façon neutre si une question est « d'importance capitale pour l'économie canadienne.¹⁰⁵⁹ ». Les études auxquelles se réfèrent la Cour ont été menées dans les années soixante-dix et pour le compte du gouvernement canadien¹⁰⁶⁰.

675. Peu avant la décision *General Motors of Canada*, une réunion fédérale-provinciale-territoriale des ministres sur les barrières intérieures avait eu lieu¹⁰⁶¹. Selon M. Lace, ministre du commerce et de la technologie au Nouveau Brunswick, l'entente relative au commerce intérieur ayant été projetée

¹⁰⁵⁷Gérald A. BEAUDOUIN, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, Wilson & Lafleur, 1990, p. 12.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.)

¹⁰⁵⁸*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can. Ltée, [1983] 2 RCS 206 p. 208, juge Dickson

Deux critères supplémentaires vont être ajoutés en 1983 dans *Procureur général du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée*.

¹⁰⁵⁹*P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée*, [1983] 2 RCS 206 p. 208, juge Dickson, p. 678.

¹⁰⁶⁰Peter W. HOGG et Warren GROVER, « The constitutionality of the competition Bill », (1976) 1 *can bus LJ* 197 et AE Safarian, *Safarian Canadian federalism and economic congregation* (1974) Ottawa: Bureau du conseil privé, p. 199-200.

¹⁰⁶¹Communiqué de la Réunion fédérale-provinciale-territoriale des ministres sur les barrières intérieures, le 19 septembre au Nouveau Brunswick, Document 830-313/008

au cours de cette réunion constituait « une étape importante dans le cadre des efforts déployés par les gouvernements du Canada pour réduire et éliminer les obstacles au commerce intérieur » . Ce faisant, il se réfère à un objectif d'efficacité : « (...) l'amélioration des échanges commerciaux entre les régions contribuera à l'amélioration de la productivité, favorisera le remplacement des importations et sera avantageux pour toutes les régions du pays» .

676. L'Union économique a fait du Canada un des pays les plus prospères du monde¹⁰⁶². La libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux est au cœur d'une union économique efficace, particulièrement dans un monde où les obstacles au marché mondial deviennent rares. Elle a permis une évolution de la structure de l'activité économique du Canada mais aussi une augmentation du revenu des Canadiens et de la productivité¹⁰⁶³. Des résultats semblables peuvent être observés dans l'Union Européenne en 92.

Elle nécessite l'absence d'obstacles intérieurs. Or de tels obstacles existent toujours. Le régime pourrait être amélioré par la suppression des obstacles internes dressés par les gouvernements à la compétitivité ainsi qu'à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Une coordination des politiques gouvernementales serait nécessaire. Ces entraves réduisent la concurrence, accroissent le coût de l'entreprise rendant les prix plus élevés pour le consommateur et entraînent un surcoût des services gouvernementaux. Quoique des progrès aient été réalisés dans ces domaines ces dernières années, un marché national totalement intégré est d'autant plus nécessaire que les obstacles internationaux s'amenuisent.

677. La péréquation vise à assurer aux citoyens des différents états des services publics à un niveau considéré comme normal, sans que les provinces pauvres aient à lever des impôts trop élevés à cette fin. Seules l'Ontario, l'Alberta et la Colombie britannique ne reçoivent pas de paiement de péréquation.

En outre, les autorités fédérales peuvent remettre des subventions aux Provinces à condition qu'elles respectent certaines normes nationales. Les programmes partagés les plus importants portent sur les soins médicaux, l'assurance hospitalisation et les études post secondaires. La constitutionnalisation de ce pouvoir dans des domaines de compétences provinciales a fait débat. Ce pouvoir,

¹⁰⁶²L'observation de l'IDH ou de la croissance économique en sont des indices.

¹⁰⁶³Une association économique peut être une association de libre échange, où les commerces entre les Etats membres sont supprimés, les biens et les services circulant librement; une union douanière, ajoutant à l'association de libre échange l'application d'un tarif douanier commun dans les différents états ou un marché commun, ajoutant à l'union douanière la libre circulation des personnes et des capitaux. Enfin, une union monétaire soudra davantage les économies des Etats membres. Cette dernière assure la stabilité des prix et facilite le commerce avec l'étranger.

bien que n'ayant pas été remis en cause sur le plan juridique, l'a été sur le plan financier.

678. La recherche d'efficacité de la Cour de justice dans le domaine du marché commun est démocratiquement légitime.

Alors que les Canadiens profitent d'une association économique intégrée et d'une association politique, ce n'est pas le cas de l'Union Européenne.

Les Canadiens bénéficient de la coordination intergouvernementale dans le domaine de l'impôt direct. Cette dernière est rendue possible par des mécanismes de coopération appelés accords de perception fiscale. Dans l'Union Européenne, il existe douze codes d'impôt et douze administrations fiscales distinctes.

Une mauvaise coordination des politiques budgétaires des gouvernements entraîne des chevauchements et dédoublements. Elle nuit à la qualité du service public.

La libéralisation des échanges, en particulier celle des échanges nord-américains avec l'ALENA, conduit à développer les compétences commerciales fédérales. Le débat constitutionnel relatif au partage des compétences sera partiellement occulté par ces évolutions. Pour fédéraliser les compétences nécessaires à l'union économique canadienne, la Cour va s'appuyer sur les compétences générales en matière de Paix, Ordre et Bon Gouvernement, en particulier sur la théorie des dimensions nationales, sur la compétence fédérale en matière de commerce, à laquelle elle donne une nouvelle portée et sur la libre circulation des biens, prévue à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et peu invoquée jusqu'à présent et qu'elle élève désormais au rang de principe constitutionnel fondamental. La Cour va opérer en matière économique une centralisation analogue à celle qu'elle avait définie précédemment pour l'aménagement du territoire¹⁰⁶⁴. Les effets extraterritoriaux des lois provinciales vont être limités en augmentant ceux des lois fédérales par l'élargissement de la prépondérance fédérale désormais appliquée aux conflits potentiels. Cela équivaut à réintroduire le concept de « champ inoccupé » dans l'interprétation constitutionnelle, concept écarté non seulement par le Conseil privé mais encore récemment par la Cour elle-même¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴Sur la centralisation en matière d'aménagement du territoire: Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc., [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23

¹⁰⁶⁵« Le fédéralisme Canadien: science politique fiction pour l'EUROPE? », dans *Lex Electronica*, vol. 10 n°1 (Hiver), 2004.

679. La Cour suprême a rendu le Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières¹⁰⁶⁶ dans un contexte d'élections générales fédérales¹⁰⁶⁷. Les députés avaient en effet voté en mars 2011, à cent-cinquante-six voix contre cent-quarante-cinq, une motion de censure contre le gouvernement conservateur pour outrage au Parlement. L'organisme canadien de réglementation des valeurs mobilières devenait ainsi la création d'un gouvernement. De là à établir un lien entre une telle conjecture et la décision de la Cour, il y a quelques pas. Elle précède de peu l'élection au Québec d'un premier ministre du Parti Québécois¹⁰⁶⁸, qui a depuis perdu le pouvoir en avril 2014.

680. Selon Andrée Lajoie, l'intégration au droit de valeurs minoritaires dépendrait de trois facteurs: les avantages recherchés ne peuvent entrer en conflit avec les valeurs dominantes, ces avantages ne pourraient pas porter substantiellement atteinte à l'intérêt de la majorité, en particulier sur le plan économique et la minorité bénéficierait d'un rapport de force favorable¹⁰⁶⁹. Ces trois facteurs se trouvent réunis dans le Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières. Se voit également confirmée l'hypothèse de Lajoie selon laquelle la Cour, hostile aux revendications visant à un accroissement des pouvoirs politiques, se montrait plus réceptive aux revendications économiques¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837

¹⁰⁶⁷ Rapports officiels d'Election Canada, <http://www.elections.ca/content.aspx?section=res&dir=rep/off&document=index&lang=f> (consulté le 6 octobre 2013)

¹⁰⁶⁸ <http://www.radio-canada.ca/sujet/elections-quebec-2012/2012/09/04/028-portrait-pauline-marois.shtml>

¹⁰⁶⁹Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Le fédéralisme dans tous ses états: gouvernance, identité et méthodologie* = The states and moods of federalism: governance, identity and methodology, Cowansville, Québec, Éditions YBlais; Bruxelles, 2005. p. 37.

¹⁰⁷⁰Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, 1re éd., Paris, PUF, 1997.

Conclusion de la section 2

681. Une Cour renforce la légitimité de sa décision en exprimant les valeurs l'ayant déterminée. En effet, dans notre société démocratique, la légitimité de la Cour provient davantage de l'adhésion des juges à des valeurs partagées par la société que de sa capacité à exercer de façon effective « le monopole de la violence légitime » ou encore à la rationalité et à la sagesse des décisions qu'elle rend. La Cour intègre d'autant plus légitimement des valeurs dans sa décision que les justiciables ressentent de façon immédiate les effets d'une décision constitutionnelle. La saisine est ouverte à tous. Les avis consultatifs peuvent également avoir un effet important. La légitimité des tribunaux, et par conséquent la confiance qu'ils inspirent, ne réside ni dans le droit positif ni dans des valeurs figées, mais davantage dans le champ de valeurs propres à une société et ayant imprégné ses juges. L'inscription des valeurs des citoyens dans le droit est devenue une nouvelle contrainte dans une société démocratique, ce qui crée un lien entre valeurs majoritaires et valeurs adoptées par le juge, valeurs majoritaires qui pourront néanmoins être mises de côté si la reproduction de la structure de l'État l'exige¹⁰⁷¹.

L'étude de l'influence du contexte ne permet pas d'infirmer la thèse d'Andrée Lajoie selon laquelle l'expression de valeurs provinciales dépend de leur coïncidence avec les idées majoritaires au niveau du pays et non pas des aménagements administratifs de la structure du pouvoir.

682. L'approfondissement d'une culture bijuridique au Canada¹⁰⁷² ou d'une meilleure compréhension des mécanismes institutionnels de l'Union Européenne dans les États de l'Union Européenne semble tout aussi nécessaire que le développement d'une culture de la subsidiarité à l'amélioration du

¹⁰⁷¹« Si des acteurs ont structuré, implicitement ou explicitement, et dans ses dimensions existentielles, leur relation selon une logique fédérale, ne peut-on pas supposer qu'ils valorisent l'idée d'y demeurer fidèle ou qu'à tout le moins, ils trouvent un intérêt à sa perpétuation? »

In Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, McGill University. Faculté de droit et Forum des fédérations, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism: governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éditions YBlais ; Bruxelles, 2005, p. 49.

¹⁰⁷²Jean-François GAUDREAU-DESBIEENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada: essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 169p, Chapitre 4 sur des moyens susceptibles de favoriser une culture bijuridique.

contrôle de ce principe. En effet, sans vue d'ensemble des solutions offertes par chaque type de droit, il semble difficile de déterminer lequel permet le mieux d'atteindre un objectif. De même, une culture bijuridique est indispensable pour évaluer la possibilité d'une complémentarité des deux niveaux de droits, déterminant indirectement l'application de la subsidiarité.

683. La question du poids des facteurs contextuels et institutionnels sur les décisions de la Cour de justice de l'Union Européenne et de la Cour suprême du Canada est épineuse. Une fois identifiées quelques contraintes pesant sur le pouvoir de ces Cours, l'interaction entre ces contraintes demeurent moins perceptible. Il semble peu aisé de cerner des règles définissant quelle contrainte, plutôt qu'une autre, pèse sur la décision prise, en supposant que de telles règles existent. Aucune des influences étudiées n'est systématique. Reste à déterminer comment se prononce la Cour, en cas de conflit entre valeurs assurant sa légitimité démocratique et celles assurant sa légitimité institutionnelle. On peut supposer que les valeurs minoritaires admises par la Cour sont, dans une société pluraliste, celles présentées comme compatibles avec les valeurs majoritaires et avec la reproduction de la structure de la société, quitte, pour le groupe minoritaire, à mettre entre parenthèses celles de ses valeurs qui entreraient davantage en conflit avec les valeurs majoritaires. Étant donnée la nature normative du droit, les valeurs dominantes dans un groupe minoritaire ne peuvent être adoptées que si elles sont tolérées par la majorité. Le fait que ces choix juridictionnels demeurent largement inconscients ne nuit en rien à la légitimité d'un contrôle substantiel par la Cour. Ces conflits entre valeurs ne peuvent être évités et l'autorité juridictionnelle possède toutes les garanties de légitimité pour être le mieux à même de les résoudre.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

684. Un tel contrôle n'induirait pas de changement majeur puisqu'en pratique, l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité est déjà influencée par le contexte et la composition des Cours, probablement soucieuses de conforter leur légitimité.

Quelles que soient les incertitudes relatives au rôle de la production idéologique de légitimation dans l'interprétation du principe de subsidiarité, le caractère supplétif des Cours dans la production de la normativité est certain. Par conséquent, la référence des Cours à des considérations substantielles est aussi légitime que nécessaire à une application effective de la subsidiarité. Elle est nécessaire dans la mesure où le principe de subsidiarité ne peut être mis en œuvre sans référence à la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement, or cette capacité ne peut être évaluée par une simple référence aux textes. Qui plus est, derrière les conflits entre normes, transparaissent souvent des conflits de valeurs ; la simple référence à la plus grande efficacité de la norme contestée ne suffit pas toujours à se prononcer sur sa validité. Une Cour, pour évaluer la validité d'une norme doit, par conséquent, non seulement considérer des faits mais aussi des objectifs démocratiquement poursuivis. Cette référence est légitime car elle est prévue par les textes fondateurs, Constitution ou traités.

685. L'invalidation d'une norme ne respectant pas le partage des compétences répond aux exigences de l'État de droit. La Cour suprême peut légitimement ne pas appliquer une norme inconstitutionnelle et donc non conforme au processus de délibération publique. La Cour de justice est, quant à elle, saisie pour se prononcer sur le respect du principe de subsidiarité des normes contestées dans les décisions étudiées.

686. Par ailleurs, la référence plus explicite de la Cour de justice à des considérations politiques ou sociales ne nuirait pas à la prévisibilité et à la neutralité du droit dans la mesure où, de fait, les décisions sont déjà influencées par le contexte dans lequel elles sont prises. Un développement plus complet des motivations de la décision, constituant une avancée vers davantage de transparence, serait particulièrement nécessaire en droit de l'Union Européenne. La Cour de justice gagnerait pour cela à s'inspirer de la Cour suprême du Canada. Comme le montre l'influence de la jurisprudence dans l'évolution du droit de l'Union Européenne, il ne semble pas étanche à une certaine discursivité.

687. Enfin, d'un point de vue pratique, on peut constater que les théories constitutionnelles donnant leur légitimité au contrôle juridictionnel sont souvent

élaborées de façon empirique par références à l'argumentation des Cours¹⁰⁷³. Un contrôle juridictionnel substantiel de la subsidiarité serait donc certainement reconnu par la doctrine et les acteurs politiques. A l'activisme des institutions politiques, agissant pour exister, pourrait répondre un activisme juridictionnel, lequel en portant un regard indépendant sur l'exercice des compétences partagées par l'Union Européenne, pourrait sur le long terme restaurer son image et sa légitimité aux yeux des populations européennes.

¹⁰⁷³Le mouvement des critical legal studies en constitue un bon exemple. Robert GORDON, « Critical Legal Studies as a Teaching Method » , Faculty Scholarship Series 1989, en ligne : <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1358>.

Michel TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle » - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité) - juillet 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-28/histoire-constitutionnelle-et-theorie-constitutionnelle.52714.html>, (consulté le 23 novembre 2013)

CONCLUSION DU TITRE II ET DE LA DEUXIEME PARTIE

688. La Cour de justice procède à un contrôle minimal du principe de subsidiarité. Les rapports entre la Cour et les institutions politiques de l'Union Européenne et le caractère flou des tests du principe de subsidiarité semblent à l'origine de son autolimitation. En raison de sa culture de common law, le contrôle de la Cour suprême sur la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement et sur la clause de commerce semble plus étendu. La Cour suprême n'en est pas moins confrontée à des obstacles similaires à ceux rencontrés par la Cour de justice. Un contrôle substantiel du principe de subsidiarité est pourtant indispensable à la bonne application de ce dernier. Par ailleurs, les Cours ne peuvent échapper à l'influence du contexte politique et institutionnel dans lequel elles se prononcent. La Cour de justice ferait donc preuve de réalisme en intégrant à ces motivations des éléments contextuels.

689. L'étude de la jurisprudence confirme la conclusion théorique de la première partie : le texte ou la jurisprudence permettent de préciser les critères d'application de la subsidiarité mais ne suffisent pas à déterminer leur application à chaque cas d'espèce. La surdétermination demeure par conséquent cruciale dans l'interprétation juridictionnelle du principe de subsidiarité. Pourtant, la Cour suprême et, plus encore, la Cour de justice, ne l'évoquent que de façon accessoire. Si la surdétermination apparaît peu dans la motivation des décisions, l'étude du contexte institutionnel et politique de ces dernières montre son poids. A cause du caractère méconnu du rôle de la surdétermination dans le raisonnement de la Cour, cette dernière procède à une autolimitation de son pouvoir de contrôle. Elle s'abstient parfois de se prononcer sur le respect du principe de subsidiarité ; lorsqu'elle l'applique néanmoins, elle se limite à un contrôle minimum. La précision des motivations des Cours, de la Cour de justice en particulier, pourrait assurer un exercice des compétences plus efficace et plus prévisible.

CONCLUSION GENERALE

690. Le principe de subsidiarité apparaît indispensable à optimiser l'exercice de compétences partagées entre deux niveaux de pouvoir. Pour autant, il est un principe complexe nécessitant une réflexion de l'interprète sur les objectifs poursuivis par les normes auxquelles il s'applique et les moyens de les atteindre. Une interprétation systématiquement descendante de la subsidiarité pourrait nuire au bon fonctionnement de l'Union Européenne. Une reconnaissance trop aisée de la nécessité d'une intervention de l'Union viderait également la subsidiarité de son sens.

691. Certaines incertitudes relatives à l'interprétation de la subsidiarité découlent de limites conjoncturelles pouvant être résorbées, d'autres, inhérentes à sa nature ambivalente, rendent nécessaire une intervention substantielle de l'interprète en cas de litige.

692. Le premier apport de cette thèse est de proposer des moyens juridictionnels de réduire les limites conjoncturelles de la subsidiarité. Le risque d'instrumentalisation de la subsidiarité est en effet accru par le caractère flou de son champ d'application et des critères de son application. Pour renforcer le contrôle du principe de subsidiarité, il s'agit de le préciser autant que sa nature ambivalente et dynamique le permet. Le contrôle juridictionnel de la subsidiarité pourrait être l'occasion d'une précision de son champ d'application. Cette précision éviterait que le contrôle du principe de subsidiarité, imprévisible, ne nuise à la sécurité juridique du système auquel il s'applique.

La jurisprudence canadienne, confrontée à des questions similaires, a contribué à les résoudre. Si les missions de la Cour de justice de l'Union Européenne et de la Cour Suprême du Canada sont distinctes, leur rôle d'interprète du droit de l'Union Européenne concernant la première et canadien concernant la seconde, est comparable. La Cour de justice, à différentes reprises, a précisé des principes du droit de l'Union Européenne. Elle pourrait donc procéder de même en ce qui concerne la subsidiarité.

En droit de l'Union Européenne, il reste à déterminer dans quelle mesure la liste des compétences exclusives peut être complétée. Cela permettrait de savoir si le principe de subsidiarité peut cesser de s'appliquer à certains domaines de compétences devenus exclusifs par exercice, comme c'était le cas avant le traité de Lisbonne. De même, en droit canadien, la question se pose de savoir si un domaine peut être reconnu de la compétence exclusive du fédéral en raison de la clause Paix,

Ordre et bon Gouvernement ou de la clause de commerce, rendant superflu toute réflexion sur la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement.

693. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de déterminer si la reconnaissance de nouvelles compétences exclusives pour l'entité centrale dans un domaine peut empêcher l'application ultérieure de la subsidiarité à ce domaine. Si la subsidiarité est un principe structurel au fondement du partage des compétences, l'exclusion de domaines de compétences de son champ d'application semble improbable. La Cour Suprême semble avoir amorcé sa réponse à cette question en reconnaissant la subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences. La Cour de justice pourrait de façon comparable préciser les liens entre la subsidiarité politique et la subsidiarité en tant que principe de régulation de l'exercice des compétences.

Il s'agit d'établir, toujours au sujet de l'évolution dans le temps de l'exercice des compétences, si un changement de contexte, normatif ou social, peut entraîner une réévaluation de la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne, ou en droit canadien, de l'Etat fédéral canadien.

694. Chacune des étapes du test relatif au principe de subsidiarité et le lien entre ces deux étapes doivent être caractérisées en droit de l'Union Européenne. Une première question est de déterminer dans quelle mesure la nécessité d'agir dans un délai restreint peut étayer l'incapacité à agir des États pour atteindre un objectif de l'Union Européenne. Il s'agit également de déterminer dans quelle mesure la dimension transnationale d'un domaine peut caractériser la nécessité d'une intervention commune. La Cour Suprême a répondu à ces questions en droit canadien en précisant la théorie de l'urgence ou en se fondant sur la dimension transfrontalière d'un sujet pour reconnaître la compétence fédérale.

La question du déclenchement de l'action de l'« entité englobante » se trouve en pratique souvent liée à celle de la coexistence des normes de deux niveaux de gouvernement. Le « test d'efficacité comparative » lors du contrôle de la subsidiarité, implique en effet une prise en compte des moyens à la disposition de chaque niveau de pouvoir, éléments devant également être pris en compte lors de l'examen de la proportionnalité. Cette similitude est susceptible d'induire une confusion entre les deux principes.

La Cour de justice, en effet, se pose parfois la question de la subsidiarité une fois seulement établie l'impossibilité d'un exercice simultané des compétences concurrentes de l'UE et des Etats. Une confusion similaire pourrait être induite en droit canadien lorsque la Cour Suprême se fonde sur l'unicité d'une matière pour prouver l'incapacité provinciale ; la Cour recherche si le gouvernement est compétent qu'une fois seulement établie l'impossibilité d'une complémentarité des législations. Dans les deux cas, l'incertitude relative à la possibilité d'une complémentarité entre les interventions de chaque niveau de pouvoir amène la Cour à se prononcer sur l'étendue des compétences de chaque niveau de pouvoir avant d'évaluer la nécessité du déclenchement de l'intervention de « l'entité englobante ».

695. Il s'agit, par conséquent, de préciser comment doit être évaluée la complémentarité des interventions de chaque niveau de pouvoir afin d'éviter toute confusion jurisprudentielle entre subsidiarité et proportionnalité.

La jurisprudence canadienne a amorcé une précision des liens entre ces deux questions avec l'élaboration d'un test mettant en relation la nécessité d'une disposition contestée et son empiètement sur la norme de l'autre niveau de gouvernement¹⁰⁷⁴.

Des conférences interinstitutionnelles et de conseils européens ont précisé le principe de subsidiarité, ce qui a contribué à en accroître la portée. La délimitation de la subsidiarité par les institutions politiques de l'Union Européenne ne prive en rien la Cour de justice de l'Union Européenne de toute contribution à la précision de ce principe. Au Canada, les positions adoptées par le gouvernement québécois ont pu montrer l'utilité de préserver ce principe déjà implicite dans les débats pré fédéraux mais les conditions de mise en œuvre de mécanismes de subsidiarité ont été précisées par la jurisprudence de la Cour Suprême et non par les institutions politiques. Cela n'entrave pas la comparaison puisque la Cour de justice est habilitée à se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union Européenne. Sa fonction rejoint, en cela, celle de la Cour Suprême du Canada en dépit de leurs multiples différences. Il revient à la Cour de justice de se prononcer sur l'interprétation du droit originaire, relatif à la subsidiarité, et de le clarifier en cas d'ambiguïté. Elle seule peut se prononcer sur la force contraignante d'une conférence interinstitutionnelle sur la subsidiarité, ce qui n'est pas sans évoquer les rapports entre cour suprême et conférences intergouvernementales en droit canadien.

696. Le développement du contrôle de ce principe par les institutions politiques constitue également un progrès vers un plus grand respect de ce principe. Le contrôle a priori du principe de subsidiarité par la Commission, le Parlement et le Conseil, l'ouverture d'une saisine par le Comité des Régions de la Cour de justice pour violation du principe de subsidiarité, l'instauration du mécanisme d'alerte précoce au bénéfice des parlements nationaux sont autant de procédures susceptibles d'améliorer le respect du principe de subsidiarité.

697. Ces procédures ne suffisent pas pour autant à rendre infaillible le contrôle de la subsidiarité. Elles se trouvent parfois ralenties par des obstacles pratiques tels que, même si cela semble de moins en moins le cas, la méconnaissance par les Parlementaires nationaux des mécanismes désormais à leur disposition. L'efficacité du contrôle du principe de subsidiarité dépend en effet également des institutions politiques l'ayant saisi. Ainsi, la Cour de justice se trouve-t-elle dans l'impossibilité d'invalider une norme de l'Union Européenne si le recours formé contre cette norme est insuffisamment fondé.

¹⁰⁷⁴R. c. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 940, et Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161

Par ailleurs, les institutions politiques participent à l'élaboration de droit de l'Union Européenne et ne peuvent, par conséquent, se prononcer de façon parfaitement neutre sur l'exercice des compétences. Cela se traduit en particulier par une tendance à assimiler le respect du principe de subsidiarité à des considérations d'efficacité et à privilégier la protection de l'acquis communautaire plutôt que d'autres impératifs.

698. La nécessité d'une interprétation juridictionnelle substantielle de la subsidiarité ne découle pas tant de ses limites conjoncturelles que de sa nature ambivalente et dynamique, nécessitant une intervention positive de l'interprète.

La Cour de justice se limite à un contrôle minimum de la subsidiarité alors que la nature même de ce principe nécessiterait une analyse approfondie de la nécessité de l'intervention de l'Union. La Cour Suprême du Canada, ayant dans un premier temps émis des réticences similaires, les a peu à peu dépassées.

699. Pour mieux les résorber, encore faut-il constater les limitations du contrôle juridictionnel de la subsidiarité. La Cour de justice n'invalide aucune norme européenne. Elle s'abstient, dans bien des cas, de se prononcer sur le principe de subsidiarité et lorsqu'elle l'applique néanmoins, elle se limite à un contrôle très formel des motivations.

Dans la motivation de ses décisions, la Cour de justice se réfère abondamment au texte des normes contestées, alors même qu'une interprétation littérale des textes ne peut suffire à résoudre le principe de subsidiarité. Ce dernier ne peut être appliqué sans référence au contexte.

L'argumentation de la Cour, relative à la meilleure façon d'atteindre les objectifs des traités, est laconique. Le test de l'efficacité comparative semble défaillant. En effet, la Cour ne prend parfois en compte que l'efficacité de l'action de l'Union Européenne. Elle interprète l'argumentation des parties avec beaucoup de liberté¹⁰⁷⁵ et ne recherche pas d'éléments de preuve au-delà de cette argumentation¹⁰⁷⁶. Le marché intérieur est caractéristique de la circularité de raisonnement de la Cour lorsqu'il s'agit de montrer la , en ligne: <<http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>> (consulté en septembre 2010), en ligne: <<http://curia.europa.eu/fr/content/juris/index.htm>> (consulté en septembre 2010) seule l'Union peut garantir un droit uniforme. La Cour, lorsqu'elle se réfère à la jurisprudence, démontre mal la pertinence des arrêts mentionnés¹⁰⁷⁷.

Interprétée de façon téléologique, la subsidiarité vise à la fois à assurer la cohérence du système et l'efficacité du droit de l'Union Européenne. Dans la conciliation entre

¹⁰⁷⁵*Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

¹⁰⁷⁶*Commission / Allemagne*, Affaire C-518/07, 09 Mars 2010

¹⁰⁷⁷*British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

ces deux impératifs, le second pourrait prendre le pas sur le premier, ce qui pourrait expliquer que le principe de subsidiarité se trouve parfois assimilé à celui de proportionnalité ou que la Cour semble parfois présumer la plus-value d'une intervention de l'Union Européenne lorsqu'elle est douteuse.

700. Cette autolimitation est accentuée par le caractère flou des tests du principe de subsidiarité. La Cour de justice se retrouve confrontée aux mêmes difficultés que les institutions politiques de l'Union Européenne mais se prononce après elles. Il semble d'autant plus difficile pour la Cour de remettre en question une norme politique que son respect du principe de subsidiarité a déjà été contrôlé par des institutions. L'exemple canadien semble indiquer que le défaut de légitimité démocratique d'une juridiction ne rend pourtant pas impossible son contrôle de l'exercice des compétences. La Cour Suprême, comme la Cour de justice, contrôle a posteriori le respect de mécanismes de subsidiarité. Les juges de la Cour Suprême, comme ceux de la Cour de justice, sont nommés et non élus. La précision du test de GMC dans le renvoi sur les valeurs mobilières, test mettant en relation l'empiètement d'une intervention fédérale avec la nécessité de cette intervention, a, en particulier, permis à la Cour Suprême d'approfondir son contrôle. La Cour Suprême a, en outre, élargi le champ d'application de la subsidiarité en favorisant la coexistence des compétences fédérales et provinciales par limitation de la théorie de l'exclusivité des compétences et une interprétation restreinte de la notion de conflit de loi, ce qui conduit à une limitation de la théorie de la prépondérance fédérale.

701. Cette thèse montre en outre le lien entre base juridique et contrôle de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne et entre caractère véritable d'une loi et mécanisme de subsidiarité en droit canadien. Les conflits entre normes dissimulent souvent des conflits entre objectifs privilégiés.

Les Cours pourraient avoir tendance à choisir, parmi plusieurs objectifs poursuivis par une norme, celui justifiant le mieux l'intervention de l'entité centrale, Union Européenne ou Etat fédéral. Le choix de certains objectifs tels que le bon fonctionnement du marché commun ou la protection de l'environnement faciliterait la démonstration de la plus-value de l'intervention de « l'entité centrale ».

La simple référence à la plus grande efficacité de la norme contestée ne suffit donc pas toujours à se prononcer sur sa validité. Ce n'est qu'une fois identifié l'objectif poursuivi par la norme que peut être déterminé le niveau de pouvoir le plus apte à l'atteindre.

702. Un contrôle substantiel de la subsidiarité semble indispensable à assurer son respect dans la mesure où l'essence même du principe de subsidiarité exige une référence à la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement. Cette capacité ne peut être évaluée par une simple référence aux textes. Un développement plus complet des motivations de la décision serait particulièrement nécessaire en droit de l'Union Européenne pour évaluer la validité d'une norme. Il impliquerait une prise en compte des faits mais aussi des objectifs démocratiquement poursuivis. Cette référence est prévue par les textes fondateurs, Constitution ou traités; elle est

impliquée par la référence à la subsidiarité. Un contrôle substantiel de la Cour est légitime en raison du caractère supplétif des Cours dans la production de la normativité. Le contrôle juridictionnel a pour fonction d'identifier les normes qui ne seraient pas conformes au partage des compétences et donc au « processus de délibération public » pour les invalider.

Une telle évolution, nécessitant la comparaison des capacités à agir des deux niveaux de pouvoir, demeure difficilement envisageable si les parties ne fournissent pas à la Cour tous les éléments de preuves utiles à établir la capacité des Etats à atteindre les objectifs visés.

703. Comme en droit de l'Union Européenne, une interprétation littérale ne suffit pas à la Cour Suprême pour résoudre des cas complexes. A la différence de la Cour de justice, la Cour suprême se réfère régulièrement à sa propre jurisprudence, contribuant ainsi sans doute à préciser les contours de la subsidiarité. L'expérience canadienne semble ainsi montrer que le temps pourrait permettre un approfondissement du contrôle juridictionnel de la Cour. La Cour Suprême du Canada, quoique juridiction de common law, a, dans les premiers temps, manifesté des réticences à contester la volonté parlementaire, se contentant par exemple de constater la volonté du législateur d'intervenir dans l'urgence et ne recherchant pas systématiquement des éléments de preuves substantiels de la nécessité d'une intervention fédérale. Son contrôle s'est peu à peu, et de façon générale, approfondi. Un consensus entre juges apparaît plus facile à réunir lorsqu'un problème interprétatif récurant a été analysé au fur et à mesure de la jurisprudence. Les litiges relatifs à la subsidiarité se présentant à la Cour de justice pourraient donc lui fournir l'occasion de progressivement approfondir les critères de son évaluation.

704. La référence plus explicite de la Cour à des considérations politiques ne nuirait pas à la prévisibilité et à la neutralité du droit car de fait, les décisions sont déjà influencées par le contexte dans lequel elles sont prises. Les Cours ne peuvent échapper à l'influence du contexte politique et institutionnel dans lequel elles se prononcent. Sa prise en compte explicite accroîtrait la transparence des décisions ainsi qu'un exercice des compétences plus efficace et plus prévisible. Tenter de cerner le poids du contexte sur les décisions relatives à la subsidiarité devrait, par conséquent, favoriser une désinhibition de la Cour. En effet, bien que les éléments de contexte n'apparaissent que de façon accessoire dans la motivation des décisions de la Cour suprême et plus encore dans celles de la Cour de justice, ils n'en demeurent pas moins déterminants dans la solution donnée. La comparaison de la capacité à agir des différents niveaux de pouvoir, capacité à agir évoluant dans le temps, ne peut se faire sans référence, entre autres éléments d'interprétation, au contexte d'application de la norme.

705. Sur un plan théorique, cette recherche participe à confirmer le rôle crucial de la Cour de justice et de la Cour suprême dans l'acquisition par les normes relatives au partage des compétences de leur juridicité. Lorsque la surdétermination échappe au cadre de la prédétermination, elle est intégrée à la norme lors de la réception de celle-ci, c'est à dire lors de la codétermination. Elle sera d'abord incorporée à la norme par les justiciables et organes politiques. Leur

codétermination par la Cour de justice et la Cour suprême demeure décisive. Elle pourra dans certains cas être reconnue par le législateur, intégrant ainsi la surdétermination à la prédétermination. L'intégration d'une norme devenant ainsi un processus circulaire, la centralisation d'une norme ne résulte pas seulement de la prédétermination mais aussi de l'exercice par les juridictions de leur pouvoir de codétermination. Ce phénomène peut être observé tant dans le modèle canadien que dans le modèle européen même s'il se manifeste de façon plus évidente dans la motivation des décisions de la Cour Suprême.

706. La question de l'efficacité du contrôle juridictionnel de la subsidiarité aboutit à celle de l'accès au prétoire dans ce domaine, nécessitant l'identification des obstacles à l'invocation de ce principe. Un autre objet de recherche serait donc de déceler les blocages entravant le contrôle politique, direct ou par la saisine de la Cour de justice, de la subsidiarité. Ces blocages semblent essentiellement culturels. Le manque de familiarité des dirigeants politiques nationaux avec une structure de l'Union Européenne en mutation constante en est un premier, la persistance d'atavisme identitaire en constitue un autre. Le modèle canadien pourrait s'avérer être, à nouveau, riche d'enseignement sur la pratique d'une culture bijuridique¹⁰⁷⁸.

707. Au-delà du perfectionnement du contrôle juridictionnel de la subsidiarité, l'identification des sources structurelles de violation potentielle du principe de subsidiarité par les institutions de l'Union Européenne pourrait accroître son respect. Il s'agirait de rechercher si l'activisme législatif pourrait résulter d'une volonté institutionnelle d'asseoir leur pouvoir en affirmant leur existence par une intervention abondante, le quantitatif prenant ainsi le pas sur le qualitatif.

¹⁰⁷⁸Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada: essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, 169p

I. DOCTRINE

A. Union Européenne

Ouvrages généraux

Dictionnaires, Encyclopédies, Répertoires

Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies

Articles

Chroniques, Contributions, Communications

B. Canada

Ouvrages généraux

Dictionnaires, Encyclopédies, Répertoires

Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies

Articles

Chroniques, Contributions, Communications académiques, Discours

Articles de presse

C. Théorie politique et théorie de l'interprétation

D. Sites Internet

II. LÉGISLATION ET COMMUNICATIONS INSTITUTIONNELLES

A. Droit de l'Union Européenne et des Etats membres

A. Droit de l'Union Européenne, européen et des Etats membres

1. Traités et Protocoles

2. Règlements, directives

3. Accords-cadres

4. Conseils européens

5. Livres verts

6. Livres blancs

10. Déclarations, résolutions, rapports, recommandations, avis, communications, conférence Inter-Gouvernementale

11. Questions écrites et réponses de la Commission

12. Rencontres

13. Convention européenne

Bibliographie

B. Droit canadien

Lois constitutionnelles

Lois ordinaires

Rapports, Communiqués d'informations, travaux de Commissions

C. Normes internationales et nationales

III. TABLES DE JURISPRUDENCE

Jurisprudence européenne

Cour de justice

Conclusions des avocats généraux

Cour Européenne des Droits de l'Homme

Cours Etatiques

Jurisprudence canadienne

Cour suprême

Cours provinciales

I. DOCTRINE

A. Union Européenne

1. Ouvrages généraux

Anthony ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Second Edition, Oxford, Oxford European Union Law Library, 2006, 784 p.

Eleonore VON BARDELEBEN, Francis DONNAT, David SIRITZKY et Jean-Marc SAUVE, *La Cour de justice de l'Union Européenne et le droit du contentieux européen*, coll. *Réflexe Europe*, Paris, la Documentation française, 2012, 328 p.

Catherine BARNARD, Steve PEERS, *European Union Law*, Oxford, OUP Oxford, 2014, 928 p.

Olivier BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, Léviathan, 2009, 456 p.

Joël BOUDANT, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Dalloz-Sirey, 2005, 164 p.

Marc BLANQUET, Guy ISAAC, *Droit général de l'Union Européenne*, coll. Université, Paris, Sirey, 2012, 790 p.

Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 4^e éd., Paris, Litec, 2010, 830 p.

Michel CLAPIE, *Institutions européennes*, coll. « Champs Université droit » , Paris, Flammarion, 2003, 415 p.

Paul CRAIG, *EU Law : Text, Cases and Materials*, Oxford, OUP Oxford, ed. 5, 1320 p.

Maurice CROISAT, Jean-Louis QUERMONE, *L'Europe et le fédéralisme*, 2^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1999, 156 p.

Renaud DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1998, 159 p.

Francis DONNAT, David SIRITZKY, Eléonore Von BARDELEBEN, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, La documentation française, 2012, 50 p.

Marianne DONY, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002, 289 p.

Claude Du GRANRUT, *La citoyenneté européenne: une application du principe de subsidiarité*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1997, 161 p.

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Introduction au droit de l'Union Européenne*, 6^e éd., Paris, Hachette, 2010, 160 p.

Bibliographie

Louis FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Wanda Mastor, Dalloz-Sirey, 2011, 127 p.

Pierre GERBET, *La construction de l'Europe*, 4^e éd. éd., coll. « Collection U Histoire contemporaine », Paris, A. Colin, 2007, 617 p.

Dominique HAMON, et Ivan-Serge KELLER, *Fondements et étapes de la construction européenne*, coll. « Major », Paris, PUF, 1997, 496 p.

Christine HOUTER, C., *La construction européenne étapes, objectifs, réalisations*, 2^e éd. éd., coll. « 128 Histoire », Paris, A. Colin, 2007, 126 p.

Jean-Paul JAQUE, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, coll. Cour de droit public, Paris, Dalloz-Sirey, 2006, 779 p.

Eric JONES, *The Oxford Handbook of the European Union*, Oxford, OUP Oxford, 2014, 928 p.

K.P.E. LASOK, *The European Court of Justice: Practice and Procedure*, LexisNexis UK; 2nd edition, 1994, 430 p.

Stéphane LECLERC, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, Gualino, 2003, 279 p.

Stéphane LECLERC, *L'essentiel du droit des institutions de l'Union Européenne*, coll. « Les carrés droit, science politique », Paris, Gualino, 3^e éd., 2012-13, 158 p.

Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Paris, Bruylant, 2008, 322 p.

John MACCOMICK, *Understanding Europeean Union : A Concise Introduction*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014, 276 p.

Koen LENAERTS, PietVAN NUFFEL, *European Union Law*, Lodon, Sweet and Maxwell, 2011, 1334 p.

Nicolas LEVRAT, Frédéric ESPOSITO, *Europe : de l'intégration à la fédération*, Paris, L'harmattan, 2012, 180 p.

Paul MAGNETTE, *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Bruxelles, Les éditions Complexe, 2000, 264 p.

Philippe MANIN, *Les communautés européennes, l'Union européenne : droit institutionnel*, coll. Etudes internationales, Paris, Pedone, 1993, 364 p.

Philippe MOREAU DEFARGES, *Les institutions européennes*, coll. « Collection Coursus Série Science politique », Paris, A. Colin, 7^e éd., 2005, 167p

Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Etude des sources du droit communautaire, 2007, Buylant, 334 p.

Joel RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, LGDJ, 2010, 6^e éd., 1464 p.

Joël RIDEAU, *De la communauté de droit à l'union de droit*. Continuités et avatars européens, LGDJ, 2000, 522 p.

Bibliographie

ANTONIO TIZZANO et DANIEL VIGNES, *Code de l'Union Européenne*, 2^e éd., en ligne : <<http://www.decitre.fr/livres/code-de-l-union-europeenne-9782802714460.html>> (consulté le 16 novembre 2013), 1139 p.

François-R VAN DER MENSBRUGGHE, *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, PU de Namur, 2003, 218 p.

Natacha VIGNE, *Les institutions européennes*, coll. « AES, Administration économique et sociale », Paris, Ellipses, 1997, 207 p.

J.H.H. WEILER, Sally KENNEY, *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1999, 280 p.

Charles ZORGBIBE, *La Construction politique de l'Europe 1946-1976*, coll. « L'Historien », Paris, PUF, 1978, 189 p.

Charles ZORGBIBE, *Histoire de la construction européenne*. Paris, PUF, 1993, 376 p.

2. Dictionnaires, Encyclopédies, Répertoires

Ami BARAV, Christian PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, coll. Grands dictionnaires, Paris, PUF, 1993, 1180 p.

Franck DINTILHAC, *Encyclopédie communautaire*, tome IV, Répertoire communautaire Dalloz, 1999.

Feïlix de la FUENTE et Jacques DENIS, *Dictionnaire juridique de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

3. Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies

Jean-Christophe ALBERT, *Le Principe de subsidiarité : significations et implications*, Paris 2, Mémoire de DEA, 1996, 294 p.

Christophe BEAUDOUIN, *La démocratie à l'épreuve de l'intégration européenne: redistribution des lieux de pouvoir, nouvelles manières de dire le droit et légitimité démocratique dans l'Union Européenne*, Paris 5, thèse de doctorat, 2013

Ingolf BERNICE, *Harmonization of legislation in federal systems: constitutional, federal and subsidiarity aspects : the European Union and the United States of America compared*, Baden-Baden, Nomos, 1996, 195 p.

Philippe BRAULT, *Le principe de subsidiarité*, Paris, la Documentation française, cop. 2005, 111 p.

Pierre BROSSARD, *L'article 3b du traité instituant la communauté européenne issu du traité de Maastricht : la consécration conventionnelle d'une création jurisprudentielle, recherche sur le principe de subsidiarité et ses rapports avec la théorie des pouvoirs implicites*, Angers, Thèse de doctorat, 1996.

Florence CHALTIEL-TERRAL, *Le principe de subsidiarité, l'Etat français et l'Europe*, Paris, mémoire d'IEP, 1993, 231 p.

Bibliographie

Jean-Louis CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Le droit en question, Paris, Ellipses, 1997, 126 p.

Caroline CLOPPET, *Le principe de subsidiarité appliqué à l'environnement : la protection de l'environnement par la Communauté européenne*, IEP de Grenoble, mémoire de DEA, 1993, 177 p.

Mathieu COTTAVE, *Le Principe de subsidiarité dans la Communauté européenne : débats et enjeux*, Paris 1, mémoire de DEA, 1992, 98 p.

Francis DELPEREE, *Le principe de subsidiarité*, Louvain, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 2002, 540 p.

Chantal DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, Paris, PUF, 1993, 127 p.

Mark DUBRULLE ET European society for environment and development, « *Future european environmental policy and subsidiarity* », Bruxelles, European interuniversity press, 1994, 136 p.

Andrew DUFF, *Subsidiarity within european community: A federal trust report*, London, Federal Trust for Education & Research, 1993, 136 p.

Arnaud de FOURNAS, *Le principe de subsidiarité dans l'Église catholique : un enjeu. dans l'interprétation de Vatican II*, mémoire, IEP de Grenoble 2, IEP, 1999, 98 p.

Raphaël FOURNIER, *Subsidiarité contre souveraineté : un débat politique en France au dix-neuvième siècle*, Paris, mémoire IEP, 2003, 254 p.

Patrick GAUSSENT, *Le principe de subsidiarité dans les institutions européennes*, Paris, mémoire de DEA, 1994, 103 p.

Mathieu Le SOUDEER, *Le contrôle du principe de subsidiarité par le Parlement français*, Institut de droit comparé de Paris, mémoire de Master, 2011.

René LOUREAU, *Le principe de subsidiarité contre l'Europe*, Paris, PUF, Broché, 1997, 228 p.

Xavier MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Université d'Aix-Marseille, thèse de doctorat, 2002, 381 p.

Jacques de MAILLARD, *Union Européenne et sécurité intérieure: institutionnalisation et fragmentation*, Paris, L'Harmattan, 2007, 200 p.

Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2003, 704 p.

Marise ROUSSEAU, *Le principe de subsidiarité en droit européen et en droit canadien*, Montréal, Université de Montréal, mémoire de maîtrise, 2001, 214 p.

Stephanie RABILLER, *Le principe de subsidiarité*, Bordeaux 1, mémoire de DEA, 1992, 126 p.

Aude RIHOUE, *Le principe de subsidiarité au quotidien de l'Union Européenne*, Paris II, mémoire de DEA, 2001, 112 p.

Bibliographie

Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social Discours sur les sciences et les arts Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, coll. 10-18, n°89, Paris, Union générale d'éditions, 1973, 302 p.

Frédérique SUQUET, *La Légitimité Démocratique de l'Union Européenne*, Toulouse 1, thèse de doctorat, 2003.

François de Paul TETANG, *La Subsidiarité Inversée En Droit Européen: Contribution à L'étude Des Rapports de Systèmes Entre Les Ordres Juridiques Nationaux et L'ordre Juridique de l'Union Européenne*, Poitiers, thèse de doctorat, 2012.

Françoise de TEYSSIER et Gilles BAUDIER, *La construction de l'Europe culture, espace, puissance*, 4^e éd. refondue, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 2005, 128 p.

Françoise THOMA, *Le Principe de subsidiarité en droit communautaire: sa signification et son impact sur la construction communautaire*, Paris 2, thèse de doctorat, 1998.

Robert TOULEMON, *La construction européenne histoire, acquis, perspectives*, coll. « Références Sciences politiques », Paris, Librairie générale française, 1999, 305 p.

4. Articles

« La subsidiarité », *Revue des affaires européennes*, 1998, n°1/2, ISSN 1152-9172, pp. 1-135.

Philip ALLOTT, «Parliamentary Sovereignty. From Austin to Hart», *Cambridge Law Journal (Cambridge University Press)*, 1990, vol. 49, n° 3, pp. 377-380.

Joel ANDRIANTSIMBAZOVINA, «La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme», Liège, *RAE LEA*, 1998, n° 1, pp. 28-47.

Florence AUBRY CAILLAUD, « Le concept de subsidiarité et a nouvelle approche en matière de libre circulation des marchandises », Liège, *REA LEA*, 1998, n° 1-2, pp. 67-69.

Giuseppe Ciavarini Azzi, « Le principe de subsidiarité et l'évolution de la législation communautaire: l'approche de la commission », Liège, *REA LEA*, 1998, pp. 70-75.

Loïc AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 1, p. 29.

Jean BAECHEL, «Europe et fédération », Paris, *Contrepoints et commentaires*, 1996, p. 531

Julien BARROCHE, « La subsidiarité : le principe et l'application », *Études*, 2008, n° 6, Tome 408, pp. 777-788.

Julien BARROCHE, « La subsidiarité : quelle contribution à la construction européenne ? », *Revue Projet*, 2014, vol.3, n° 340, pp. 66-75.

Igor BERNICE et Vladimir CONTANTINESCO, «La question des compétences communautaires vue d'Allemagne et de France », Paris, *Notre Europa*, Juillet 2002, vol.2, n° 6, 31 p.

Bibliographie

Saad BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », Liège, *REA LEA*, 1998, n° 1-2, pp. 48-61.

Corinne BLANQUART, Alexandra HYARD, « Durabilité et subsidiarité : un conflit de principes au sein de la politique commune des transports ? », *RIDE*, 2009, tome XXIII, n° 1, p. 33-50.

Claude BLUMANN, « Un mimétisme à l'envers: le contrôle constitutionnalité des engagements externes en droit constitutionnel et en droit communautaire » dans *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1039.

Herve BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la communauté et ses Etats membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 42, p. 12.

Herve BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartitions des compétences entre la Communauté et ses Etats membres », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 4, pp. 389-338.

Pierre BRUN, « La pollution du partage des compétences par le droit de l'environnement », *Revue Générale du Droit*, 1993, n° 24, p. 204.

Bertrand BRUNESSEN, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne », 2012, en ligne : <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00804142>> (consulté le 14 novembre 2013).

Florence CAILLAUD, « Le concept de subsidiarité et la nouvelle approche en matière de libre circulation des marchandises », Liège, *RAE LEA*, 1998, n° 1-2, p. 67.

Jean-Claude CASANOVA, « Forces convergentes et divergentes du système juridique européen », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2000, n° 438, pp. 325-327.

Guy CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, 1992, n° 20-21, pp. 133-141.

Jean CHARPENTIER, « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, n°69, avril 1994, pp. 49-62.

Monique CHEMILLIER-GENDREAU, « Le principe de subsidiarité: enjeu majeur, débat confus. » *Le monde diplomatique*, Juillet 1992, n° 236, p. 13.

Vladimir CONTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTDE*, 2005, vol. 2, n° 41, p. 728.

Vladimir CONSTANTINESCO, « La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres. L'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité », 4 p, en ligne : <http://books.google.fr/books?id=qnaF71PHUucC&pg> (consulté le 23 novembre 2013)

Vladimir CONTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 4, p. 227.

Nicolas DE SADELEER, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et société*, 2012, vol 1, n° 80, pp. 73-90.

Bibliographie

Francis DELPEREE, « La décentralisation et le fédéralisme à l'heure de l'Union Européenne - Précisions terminologiques », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, septembre 2009, n° 531, p. 515.

Jean-Philippe DEROSIER, «La dialectique centralisation/décentralisation Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité» *RIDC*, 1. 2007, pp. 107-140.

Jean-Philippe DEROSIER, «La dialectique centralisation/décentralisation Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité», *RIDC*, 2007, vol. 59, n°, pp. 107-140.

Chantal DELSOL, «Souveraineté et subsidiarité, ou l'Europe contre Bodin », *La Revue Tocqueville-The Tocqueville Review*, 1998, n° 2, p. 53.

Bertrand Hériard DUBREUIL, «Subsidiarité et solidarité », <http://www.doctrine-sociale-catholique.fr>, en ligne : <<http://www.doctrine-sociale-catholique.fr/index.php?id=6997>> (consulté le 17 novembre 2013).

Julie DUPONT-LASALLE, «Subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012/1, n° 80, 262. p.

Kanstantsin DZEHTSIAROU, «Comparative Law in the Reasoning of the European Court of Human Rights», *Social Science Research Network*, 2010, en ligne :<<http://papers.ssrn.com/abstract=1703120>> (consulté le 18 novembre 2013).IV. III Law Cherry Picking

Nicholas EMILIOU, «Subsidiarité: une barrière efficace contre les entreprises de l'Ambition », *Revue du droit européen*, 1992, Vol. 17, 23.

Marc FEIX, « Subsidiarité, proportionnalité et construction européenne « Essai de généalogie des principes », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2011, vol.4, n°267, p. 59-70.

Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité : progrès ou statu quo après le traité d'Amsterdam?», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1998, n° 1, pp. 76-82.

Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité dans le cadre de la Conférence intergouvernementale de 1996 », *Les Petites Affiches*, n° 147, 8 décembre 1995, pp. 20-25.

Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité à la lumière du traité d'Amsterdam », *RAE LEA*, 1998, n° 1 et 2, pp. 76-82.

Pierre-Alexis FERAL, « Le principe de subsidiarité dans l'Union Européenne », *RDP* 1996, n° 1, pp. 203-240.

Pierre-Alexis Feral, « Retour en force du principe de subsidiarité dans le traité constitutionnel: de nouvelles responsabilités pour les parlements nationaux et

Bibliographie

pour le comité des régions? », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2004, n° 481, p. 496.

Francette FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *RAE LEA*, 1998, n° 1, pp. 95-101.

Stéphanie FLIZOT, « Les rapports entre la Cour des comptes européenne et les institutions supérieures de contrôle des Etats membres : quelle application du principe de subsidiarité », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, février 2002, n° 455, p. 112.

Helene GAUDIN, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés Européennes et la subsidiarité », Liège, *REA LEA*, 1998, n° 1-2, pp. 10-27.

Jean-Claude GAUTRON, « Subsidiarité ou néo subsidiarité », Liège, *REA LEA*, 1998, n° 1-2, pp. 3-8.

Emanuele GAZZO, « Lever le voile de la subsidiarité pour ne pas tomber dans les pièges qu'elle peut cacher », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 4, pp. 221-226.

Jonathan GOLUB, « Sovereignty and Subsidiarity in EU Environmental Policy », *European University Institute*, 1996, tome XLIV, pp. 686-703.

Charles GOYBET, « Les rapports entre compétences nationales et communautaire : le principe de subsidiarité », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, avril 1993, n° 367, p. 303.

Robert HOLCMAN, « La dimension européenne des politiques de l'emploi », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n° 474, janvier 2004, pp. 385-393.

Catherine IACROZE, « Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union Et ses Etats membres dans la constitution européenne », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2005, n° 1, 4 p.

Laurence IDOT, « Propriété intellectuelle », *Jurisclasseur Europe*, Juin 2010, n° 6, commentaire 216, pp. 1663-8184.

Louis JEAN-VICTOR, « Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation ? », *RIDE*, 2002, vol. 2, tome XVI, p. 529-557.

D. G. KILGOUR, « The Rule Against the Use of Legislative History: Canon of Review », 1952, n° 30, pp. 769-790.

Martina KURCZ, « La répartition des compétences au sein de l'Union Européenne », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2005, n° 3, p. 575.

Anais LAGELLE, « Le rôle des parlements nationaux dans le processus législatif européen à l'aune du traité de Lisbonne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011, vol. 3, n° 87, p. 25-55.

Bibliographie

Maurice LAMONTAGNE, « Fédéralisme ou association d'États indépendants », *Études internationales*, 1977, Vol. 8, n°2, pp. 208-230.

Francois LAMOUREUX, « Monsieur subsidiarité », *RAE LEA*, 1993, n° 1, pp. 46-48.

Marc LE SOLLEU, « Subsidiarité judiciaire et sanctions », Liège, *REA LEA*, 1998, n° 1-2, pp. 108-112.

Patrick LENAERTS Koen et VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité C.E. », *C.D.E.*, 1994, vol. 3, n° 48, pp. 3-83.

Ernst Gottfried MAHRENHOLZ, « Subsidiarité et débat démocratique, éléments indispensables d'un espace juridique européen », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, n° 438, mai 2000, pp. 323-324.

Stavros MIHALOPOULOS, « Effect of the subsidiarity and proportionality principles on the tourism growth in the European Union », *Revue Européenne de droit public*, Hiver 2007, vol. 19, n° 4, 66 p.

Karl LLEWELLYN, « Some realism about realism- responding to Dean pound », *harv.L.R.*, 1931, n° 44, 1222.

Richard MACRORY, « Subsidiarity and European Community environmental law », Liège, *RAE LEA*, 1999, n° 504, pp 363-369.

Paul MAHONEY, « The Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism? », *Human Rights Law Review*, 1998, vol. 19, n° 1-4, pp. 1-6.

Anne MARTINACHE, « Une application de la subsidiarité: la Cour de justice et les compétences externes », Liège, *REA LEA*, 1998, n° 1-2, pp. 62-66.

Alphonso MATTERA, « Subsidiarité, reconnaissance mutuelle et hiérarchie des normes européennes », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1991, n° 2, pp. 8-10.

Alphonso MATTERA, « Le principe de subsidiarité au service d'une Communauté à la dimension des problèmes de notre temps », *Revue du marché unique*, 1992, n° 4, pp. 189-192.

Alphonso MATTERA, « Le principe de reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1998, n° 2, pp. 5-17.

Enzo MATTINA, « Subsidiarité, démocratie et transparence », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 4, pp. 203-213.

Benoît MERCUZOT, « La subsidiarité à la française », *Civitas Europa*, septembre 2003, pp. 7-29.

Josee MERTENS DE WILMARS, « Du bon usage de la subsidiarité », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 4, pp.193-201.

Bibliographie

François MARIATTE, « Vice de transposition de la directive « droit de location et de prêt au Portugal », *Jurisclasseur Europe*, Octobre 2006, n° 10, commentaire 284, p. 20.

Alexandre MET-DOMESTICI, « Les parlements nationaux et le contrôle du respect du principe de subsidiarité », *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, février 2009, n° 525, pp. 88-96.

Valerie MICHEL, « Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique », *Europe*, 2006, n° 10, **étude 10**.

Valerie MICHEL, « Des rôles respectifs de la Commission et des Etats dans la limitation des gaz à effet de serre », *Europe*, novembre 2009, n° 11, **commentaire 431**.

Valérie MICHEL, « Téléphonie mobile : harmonisation du prix des services d'itinérance », *Jurisclasseur Europe*, Août Septembre 2010, n° 8-9, commentaire 262, **pp. 1168-8384**.

Marie MESTHER, « Transports aériens », *Jurisclasseur Europe*, Juillet 2011, n°7, **commentaire 257**.

Dwight NEWMAN, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », *Saskatchewan Law Review*, 2011, n° 74, pp. 21 – 31.

Roberta PANIZZA, « The Principle of Subsidiarity », European Parliament, décembre 2009, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/parliament/expert.html>. (consulté le 1 février 2014)

Jacques PELKMANS, « Testing for Subsidiarity », Bruges, *European Economic Policy Briefings*, février 2006, n° 13, 910 p., online : <http://www.coleurop.be/content/studyprogrammes/eco/publicaitons/BEEPs/BEEP13.pdf>

Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, 2001, vol. 53, n°2, pp. 275–292.

Fabrice PICOD, « Contrôle du respect de la base juridique, de la proportionnalité et de la subsidiarité », *La Semaine Juridique*, 21 Juin 2010, n° 25, p. 703.

Riccardo PERISSICH, « Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir », *Revue du droit de l'Union Européenne*, 1992, n° 3, pp. 5-11.

Riccardo PERISSICH, LGGZ, « Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir », *Revue du Marché unique européen*, 1992, n° 31, p. 5.

Bibliographie

Anne RIGAUX, « Refus de vérification de la Cour des Comptes », *Jurisclasseur Europe*, Janvier 2012, n° 1, commentaire 9, p. 20.

Jean ROSSETTO, « La subsidiarité dans les constitutions des Etats membres de l'Union Européenne: l'exemple de l'Allemagne et de la France », 2005, en ligne : <<http://books.openedition.org/pufr/833>> (consulté le 9 décembre 2013).

D.R., « **Compétences** communautaires », *Jurisclasseur Europe*, Janvier 1997, n° 1, commentaire 1, p. 7.

Jean-Luc SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, novembre-décembre 1998, n° 1, pp. 425-423.

Kurt SCHELTER, « La subsidiarité : principe directeur de la future Europe », *Revue du Marché commun*, février 1991, n° 844, pp.138-140.

Jurgen SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 1993, **vol.** 70, n° 615, pp. 24-32.

Denys SIMON, « Première application effective de la procédure du « carton jaune subsidiarité », *Europe*, 2012, Repère 7, p. 1.

Francois G.VSICARD, « Le principe de subsidiarité », *Études DF*, 2005, n° 5214, 174 p.

Denys SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire », *Revue des affaires européennes*, 1998, n° 1, p. 84-94.

Denys SIMON, « Subsidiarité : l'Assemblée nationale sur la voie du carton jaune ? », *Europe*, 2011, **Repère 11**.

Girolamo STROZZI, « Le principe de subsidiarité, une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, Juillet-Septembre 1994, n° 3, pp. 373-390.

Frederic SUDRE, « La subsidiarité, nouvelle frontière » de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *La semaine juridique*, 2013, n° 42, p. 1086.

Frederic TAIN, « Le renvoi préjudiciel et la subsidiarité », **1998, n°1/2, pp. 102-107**.

Xenophon YATAGANAS, « The subsidiarity principle: a manual for the Commission », *European Review of Public Law*, 1996, n° 8, pp. 1103-1115.

Jacques ZILLER, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, juin 1996, n° spécial, pp. 185-188.

Bo VESTERDORF, « La nomination des juges de la Cour de justice de l'Union Européenne », *CDE*, 2011, n° 3, p. 601.

5. Chroniques, Contributions, Communications académiques, Discours

Thierry DEBARD, « Le principe de subsidiarité », *L'Union Européenne de l'an 2000, Chaire Jean Monnet, Université de Montréal*, 1997, p. 97-112

Jacques DELORS avant le Conseil européen de Lisbonne, Commission européenne, 26-27 juin 1992, SPEECH/92/64, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-92-64_fr.htm (consulté le 1 octobre 2013)

Jacques DELORS, *Subsidiarité: défi du changement*, Acte du colloque de l'institut européen d'administration publique: « La subsidiarité - principe directeur des futures responsabilités en matière de politiques communautaires? », Maastricht, le 21 mars 1991, SPEECH/91/28, en ligne : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-91-28_fr.htm (consulté le 23 septembre 2013)

Jacques DELORS, Discours à l'occasion de l'ouverture de la 40e année du collège d'Europe, Bruges, Europe Documents, 17 Octobre 1989, n° 1576, en ligne : http://www.cvce.eu/obj/discours_de_jacques_delors_bruges_17_octobre_1989

Yves GAUDEMET, « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Amselek Paul*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 315.

Jean-paul JACQUÉ, «La subsidiarité, rapport de l'Union Européenne », Rome, colloque FIDE, 1994.

La subsidiarité, Texte imprimé : de la théorie à la pratique : actes du XIIe Colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, 20-21 novembre 1993, sous la direction de Joël-Benoît D'Onorio - Paris : Téqui, 1995.

Jean-Victor LOUIS, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in *Promenades au sein du droit européen, Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 283.

David SZYMCAK, « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Conv. EDH », Montpellier 1, Colloque IDEDH, 18 -19 octobre 2013.

Walter VAN GERVEN, « Les principes de subsidiarité, proportionnalité », *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, Estudios en homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 1281.

Melchior WATHELET, « Le principe de subsidiarité et le processus décisionnel au sein de l'Union Européenne », *L'Europe de la Subsidiarité, Actes des XII^e journées juridiques Jean Dabin*, Louvain-la-Neuve, 16-17/11/2000, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 131-199.

Georges VANDERSANDEN, « Considérations sur le principe de subsidiarité », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 193-210.

B. Canada

1. Ouvrages généraux

Joel BAKAN, *Canadian Constitutional Law*, 3 éd., Toronto, Edmond Montgomery, 2003, 1034 p.

Alphonse BARBEAU, *Le droit constitutionnel canadien; lois, documents et jugements divers*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, 440 p.

Gérald A. BEAUDOUIN, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, Wilson & Lafleur, 1990, 987 p.

Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2 ed. Cowansville Editions Yvon Blais, 1990, 1548 p.

Michel BRUNET, *Histoire du Canada par les textes*, 2 éd., vol. 2, Montréal et Paris, Fides, 1960, 297 p.

François CHEVRETTE, *Droit constitutionnel: notes et jurisprudence*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, 1728 p.

Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 5^e éd., rev. et augm., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011. 772 p.

PeterW. HOGG, *Constitutional law of Canada*, 2006 student éd., Scarborough, Ont., Thomson Carswell, 2006, 280 p.

André TREMBLAY, *Droit Constitutionnel : principes*, Montréal, éd. Thémis, 1993, 507 p.

2. Dictionnaires, Encyclopédies, Répertoires

JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel, « Fédéralisme: questions particulières », Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 22, n 6014, 22/28 IV.

JurisClasseur Québec – Collection de droit constitutionnel, « Le local et le provincial », Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1 décembre 2012, Fasc 22, n 6014, 22/27

3. Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies

Janet AJZENSTAT, *Les débats sur le fondement du Canada*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2004, 576 p.

Richard ARES, *Dossier sur le pacte fédératif de 1867 : la confédération: pacte ou loi?*, Montréal, Editions Bellarmin, 1967, 264 p.

Bibliographie

Bernard BARTHALAY, *Le fédéralisme*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je? », 1981, 128 p.

Karim BENYekhlef, *Les garanties constitutionnelles relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1988, 212 p.

François-Robert BERNIER, *La réforme constitutionnelle: le partage des pouvoirs*, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, Service de recherche, 1981, 30 p.

Yvan BERNIER, Nicolas ROY, Charles PENTLAND, Daniel SOBERMAN, *Le concept de l'Union économique en droit international et constitutionnel*, KRASNICK Mark, NORRIE Kenneth et Richard SIMEON (coord), *Points de vue sur l'union économique*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1986.

Olivier BEAUD, *Théorie de la fédération*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 2009, 456 p.

John BOYD, *Sir George Étienne Cartier, baronnet, sa vie et son temps : histoire politique du Canada de 1814 à 1873*, Montréal, Librairie Beauchemin, 1918, 485p

Jacques BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution; le forum constitutionnel au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1968, 92 p.

Robert DECARY, *Cour suprême*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, 97 p.

Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada: essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Éd. Thémis, 2007, 169 p.

Fabien GELINAS, Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, McGill University. Faculté de droit et Forum des fédérations, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie = The states and moods of federalism : governance, identity and methodology*, Cowansville, Québec, Éd. Yvon Blais, 2005, 494 p.

Mary-Laure GELY sous la direction de Dominique ROUSSEAU et de Yvan BERNIER, Université, *Le rôle de la Cour suprême dans la répartition des compétences au Canada*, Montpellier I, UFR Droit et Université Laval (Québec), thèse de doctorat, 1998, 1238 p.

Philip GIRARD, Bora LASKIN, *Bringing law to life*, Toronto, University of Toronto press for Osgood society for Canadian Legal History, 2005, 646 p.

Gilbert L'ECUYER, *La Cour suprême du Canada et le partage des compétences, 1949-1978*, Québec, Ministère des affaires intergouvernementales, 1978, 401 p.

Andrée LAJOIE, Ivan BERNIER, Ottawa, *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Commission royale sur l'union économique et

Bibliographie

les perspectives de développement du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, 225 p.

Bora LASKIN, *Canadian constitutional law; cases and text on distribution of legislative power*, Toronto, Carswell, 1951, 676 p.

Christian LERAT, *La Cour suprême des États-Unis: pouvoirs et évolution historique*, 7e éd., Paris, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, 328 p.

Jacques Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Edition Thémis, 1994. 656 p.

Warren J. NEWMAN, « Quelques Réflexions Sur la Portée du Principe Constitutionnel de l'Indépendance Judiciaire au Canada », *National Journal of Constitutional Law*, 14n3, septembre 2003, pp. 319-352.

Stéphane RIALS, *Destin du fédéralisme*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1986, 78 p.

Garth STEVENSON, *Federalism in Canada: selected readings*, Toronto, McClelland & Stewart, 1989, 511 p.

Pierre-Elliot TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, coll. « Constantes », Montréal, Editions HMH, 1967, 22 p.

Clinton Kenneth WHEARE, *Federal Government*, Oxford, Oxford UP, 1963, 266 p.

4. Articles

Eugénie BROUILLET, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada », *Les Cahiers de droit*, 2004, vol. 45, n° 1, pp.7-69

Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2010, n° 3, 22 p.

Peter W. HOGG et Warren GROVER, « The constitutionality of the competition Bill », *can bus LJ*, vol. 1, n° 197, 1974, pp. 199-200.

Edward G. HUDON, « Quelques mots sur la recevabilité des éléments de preuve extrinsèques devant les tribunaux : le Canada et les États-Unis », *Les Cahiers de droit*, 1981, vol. 22, n° 2, pp. 371-382.

Peter W. HOGG, Warren GROVER, « The constitutionality of the competition Bill », *Canadian Business Law Journal*, 1976, n° 1, pp. 197-228.

Martha JACKMAN, « Le nouveau partage des pouvoirs : l'efficacité ou équité ? », *Ottawa Law Review*, 1991, n° 23, pp. 424-425.

Bibliographie

Noura KARAZIVAN and Jean-François GAUDREAU-DESBIEUX, « On Polyphony and Paradoxes in the Regulation of Securities Within the Canadian Federation », *Canadian Business Law Journal*, 2010, vol. 49, n° 1, pp. 1-38.

Bora LASKIN, «Peace, Order and good government re-examined», *Revue du barreau canadien*, 1947, vol. 25, n° 10, p. 1054.

Robert LECKEY and Eric WARD, «Taking stock: securities markets and the division of powers», *Dalhousie L.J.*, 1999, n° 22, p. 272.

Jean LECLAIR, « L'étendue du pouvoir constitutionnel des provinces et de l'État central en matière d'évaluation des incidences environnementales au Canada », *Queen's L.J.*, 1995, n° 21, p. 37.

Jean LECLAIR et Yves-Marie MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », *Osgoode Hall Law Journal*, 1998, n° 36, pp. 485-514.

Jean LECLAIR, «The Supreme Court of Canada's understanding of federalism: Efficiency at the Expense of Diversity», *Queen's Law Journal*, 2003, vol. 8, n° 28, pp. 411-453.

William Ralph LEDERMAN, «Unity and diversity in canadian federalism: ideals and methods of moderation», *Revue du barreau canadien*, 1989, n° 53, pp. 597-620.

Charles MERCIER, «L'indépendance de la magistrature canadienne », *Revue juridique des étudiants de l'Université Laval*, 1988, n° 10, 60 p.

Micheline PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1990, n° 1, 64 p.

Danielle PINARD, «La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel», *Revue juridique Thémis, R.J.T.*, 1997, n° 31, pp. 315-397.

Danielle PINARD, « Les énoncés de fait du législateur et le contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada: de l'utilisation des préambules et autres dispositions non normative des lois », *National Journal of Constitutional Law*, Décembre 2008, Vol. 24, n° 1, p. 27.

Danielle PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés et le droit civil québécois: quelques réflexions », 24 *Ottawa law review*, 1992, n° 193, p. 193.

Danielle PINARD, « La rationalité législative », *McGill Law Journal*, 1994, n° 39, p. 409s

Adrian POPOVICI, « Aspects de l'intégration juridique au Québec », *Revue juridique Thémis*, 2001, n° 35, pp. 777-786.

Bibliographie

Bruce RYDER, «The demise and rise of the Canadian federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and first Nations», *Mc Gill Law Journal*, 1991, vol. 36, n° 2, p. 308

Brian SCHWARTZ, «Dickson on Federalism: The First Principle of his Jurisprudence», *Man Law Journal*, 1991, n° 20, p. 473.

Ken SWINTON, « Dickson and Federalism: in search of the Right Balance », *Man Law Journal*, 20 *Man. L.J.* 483, 1991, p. 483.

Helene TRUDEAU, « Du droit international au droit interne : l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », *Queen's L.J.*, 2005, n° 28, pp. 455-527.

Daniel VIGNES, « Les apports du traité de Maastricht », *Revue trimestrielle de droit européen*, avril-juin 1994, vol. 30, n° 2, p. 293.

Luanne WALTON, «The effectiveness of an Express Paramountcy Clause in Proposed Federal Securities Legislation», *N.J.C.L.*, 2005, n° 16, p. 297.

Jose WOEHLING, «Convergence et divergence entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada », Montréal, *McGill Law Journal*, 2000, n° 46, pp. 21-68.

5. Chroniques, Contributions, Communications, Textes historiques

Joseph CAUCHON, «Etudes sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord», Québec, Archives nationales du Canada, 1858, p. 6.s

« L'Europe de la subsidiarité », Actes des XVIIe Journées juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, coll. «Centre d'études constitutionnelles et administratives», 2000, 283 p.

Jean LECLAIR, «The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity», in Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien Gélinas (éd.), *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Montreal/Bruxelles, YvonBlais/Bruylat, 2005, pp. 395-444.

Jean LECLAIR, «L'interface entre le droit commun privé provincial et les compétences fédérales « attractives »», *Un cocktail de droit d'auteur/A Copyright Cocktail*, Montréal, Éd. Thémis, 2007, pp. 25-54.

Danielle PINARD, «Le rôle de la Cour suprême du Canada dans l'affirmation de l'intégration et de la souveraineté dans Souveraineté et intégration», Poitiers, Actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, mai 1992.

C. Théorie politique et théorie de l'interprétation

Johannes ALTHUSIUS, *Politica Methodice Digesta*, atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata, Turin, Corrado Malandrino, Francesco Ingravalle, Mauro Povero, complète le texte latin et traduction italienne, 2009, 517 p.

Paul AMZELEK; *L'interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, PUAM, 1995, 248p

John AUSTIN, *La philosophie du droit positif*, Paris, Hachette, 1894, 88 p.

Saint Thomas d' AQUIN, Somme théologiques, *Les Actes humains*, tome I, trad. française. par H.-D. Gardeil, nouvelle éd., Paris, ls Editions du Cerf, 1992, 656 p;

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2008, 540 p.

ARISTOTE, *La politique*, Paris, Librairie philosophique JVrin, 1995, 575 p.

Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, éd. thème, droit privé, 2001, 400 p.

Michel J. BLAIS, *La logique : une introduction*, Montréal, Sherbrooke, Presses de l'Université de Montréal, Éd. de l'Université de Sherbrooke, 1985, 234 p.

Raymond BOUDON, *Raison, bonnes raisons*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 2003, 192 p.

Charles BROCHER, Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, Paris, E. Thorin, 1870, 246 p.

Mauro CAPPELLETTI, Louis FAVOREU et Rene DAVID Ī, *Le Pouvoir des juges: articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel compareĪ*, coll. Droit public positif, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris, Economica, 1990, 397 p.

Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd. "Quadrige" . éd., Paris, PUF, 2004, 415 p.

Benjamin CARDOZO, *The nature of judicial process*, New Haven, Yale university press, 1921, 192 p.

Gérard CORNU, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, Doctrine Juridique, 1998, 424 p.

Jean-Gustave COURCELLE-SENEUIL, « Principes pour bonne interprétation des règle » *in préparation à l'étude du droit*. Des Principes, Paris, Guillaumin, 1887, 499 p.

René DAVID, *Les grands systèmes du droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2002, 11^e éd. 600 p.

Denis DIDEROT et Jean le Rond d'ALEMBERT, *L'encyclopédie*, 1772, 18000 p.

Bibliographie

ANDRE DUHAMEL, LUC TREMBLAY et DANIEL WEINSTOCK, *La démocratie délibérative en philosophie et en droit: enjeux et perspectives*, Montréal, Éd. Thémis, 2001, 274 p.

Emile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Flammarion, 2010, 333 p.

Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Coll. recherches politiques Paris, PUF, 1994, 480 p.

Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF Léviathan, 1995, 515 p.

Antoine FURETIERE, *Dictionnaire universel*, Paris, Hachette Livre BNF, 2013, 1070 p.

Benoît FRYDMAN, *Le sens des lois: histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., coll. Penser le droit, n°14, Bruxelles, Bruylant, 2011, 708 p.

HansGeorg GADAMER, *Philosophie Herméneutique*, coll. Epithémée, Paris, PUF, 1996, 264 p.

Antoine GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, 351 p.

Antoine GARAPON, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, 322 p.

François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, Paris, LGDJ, 1995, 2vol, 446 p.

Herbert LA HART, *Le concept de droit*, Faculté Universitaire Saint Louis, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2006, 344 p.

Kristin HENRARD and M. BUSSTRA, *Conflicting Fundamental Rights: Broad Parameters for a Model of Review*, (manuscrit)

Emmanuel KANT, *Critique de la faculté de juger*, Paris, Garnier Flammarion, 2008, 540 p.

Jerzy KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique; éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, 220 p.

Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, coll. « Léviathan » , Paris, PUF, 1996, 604 p.

Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs: le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997, 217 p.

Martin LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, soutenu à Paris II en 2007, Defrénois en 2012, 234 p.

Bibliographie

Neil MAC CORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, Les voies du droit, Paris, PUF, 1986, 336 p.

Marie-Laure MATHIEU IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, Thémis droit privé, 2001, 439 p.

Michel MEYER, *La philosophie anglosaxonne*, Paris, PUF, 1995, 596p

Charles de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, coll. Classiques Garnier, Paris, Garnier frèAres, 1949, 1184 p.

François OST, MICHEL Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 598 p.

Charles PERELMAN, *La nouvelle rhétorique.Traité de l'argumentation*. Paris, PUF, 1958, 740 p.

Chaïm PERELMAN, *Logique juridique et nouvelle rhétorique*, nouvelle rhétorique et valeurs, Paris, Dalloz, 1999, 193 p.

PLATON, *Les lois*, Paris, GF Flammarion, 2006, 559 p.

PLATON, *La république*, Paris, GF Flammarion, 2002, 801 p.

Raymond POLIN, *La création des valeurs*, Paris, J.Vrin, coll. problèmes et controverses, 1977,116 p.

Henry PRAKKEN, *Logical models of legal argumentation*, Norwell, Kluwer Academic Publishers, Kluwer Academic Publishers, 1996, 216 p.

Paul RICŒUR, *Le conflit des interprétations : essais d'herméneutique*, coll. « Ordre philosophique» , Paris, Editions du Seuil, 1969, 512 p.

Raymond SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, A Pichon, 1904, 246 p.

Rene SEVE, *Philosophie et théorie du droit*, coll.Cours Dalloz. Série droit privé, Paris, Dalloz, 2007, 372 p.

Jan M SMITS, *Elgar encyclopedia of comparative law*,Cheltenham,Edward Elgar Publishing Ltd, 2006, 1024 p.

Paul-Henri STEINAUER, *La logique au service du droit: étude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique*, Fribourg, Éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1979, 198 p.

Jean-Jacques SUEUR, *Une introduction à la théorie du droit*, coll. «Logiques juridiques;» , Paris, L'Harmattan Inc., 2001, 210 p.

Bibliographie

Axel de TEUX, Imre KOVALOVSKI, Nicolas Bernard, *Précis de méthodologie juridique, les sources documentaires du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2000, 749 p.

Gerard TIMSIT, *Les noms de la loi*, Coll. « les voies du droit », Paris, PUF, 1991, 199 p.

Gérard TIMSIT, Otto PFERSMANN, Université Panthéon-Sorbonne. Centre de recherche de droit constitutionnel et Université Panthéon-Sorbonne. Centre d'études et de recherche sur l'administration publique, *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 65 p.

Leon E. TRAKMAN, *An introduction to the common law*, Halifax, NS, Faculty of Law, Dalhousie University, Faculty of Law, Dalhousie University, 1980, 65 p.

Michel TROPER, *Le positivisme juridique*, Story scient, Paris, LGDJ, 1992, 749 p.

Michel TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle » - *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 28 (Dossier : L'histoire du contrôle de constitutionnalité), 2010.

Michel TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, Léviathan, PUF, 2011, 352 p.

Paul VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, general Books, 2012, 128 p.

Paul VINOGRADOFF, *Common sens in law*, London, Oxford University Press, 1946, 192 p.

Robert K. YIN, *Case study research: design and methods*, 4th ed., Thousand Oaks, Calif, Sage Publications, 2009, 312 p.

Max WEBER, *Sociologie du droit*, Grands textes, Paris, PUF, 2013, 324 p.

Frederic ZENATI, *La jurisprudence*, coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1991, 281 p.

Lettre encyclique *Rerum novarum* de Léon XIII de 1891, http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_fr.html (consulté le 08 Avril 2012)

Lettre encyclique *Quadragesimo anno* de ss Pie XI du 15 Mai 1931, http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_fr.html (consulté le 08 Avril 2012)

Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise catholique, http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_fr.html (consulté le 8 Avril 2012)

D. Sites Internet

1. *Union Européenne*

Commission européenne : <http://ec.europa.eu>

Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int>

Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu>

Cour de justice de l'Union européenne : <http://curia.europa.eu>

Cour européenne des droits de l'homme : <http://www.echr.coe.int>

Conseil d'État : <http://www.conseil-etat.fr>

Conseil de l'Union européenne : <http://www.consilium.europa.eu>

Conseil européen : <http://www.european-council.europa.eu>

Fondation Robert Schuman : <http://www.robert-schuman.eu>

Journal officiel de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu>

Organisation des Nations Unies : <http://www.un.org>

Sénat de France : <http://www.senat.fr>

Union européenne : <http://www.europa.eu>

2. *Canada*

Parlement du Canada :
<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2011-82-f.htm>

Cour suprême du Canada: <http://www.scc-csc.gc.ca>

II- LÉGISLATION ET COMMUNICATIONS INSTITUTIONNELLES

A. Droit de l'Union Européenne et des Etats membres

1. Traités et Protocoles

Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne, Journal Officiel de l'Union Européenne C115/201 du 9 mai 2008

Protocole numéro 1 sur le rôle des parlements nationaux annexé au traité de Lisbonne, Journal Officiel de l'Union Européenne C115/201 du 9 mai 2008

Traité de Lisbonne, 13 decembre 2007, Journal Officiel de l'Union Européenne C 306 du 17 decembre 2007

Traité sur l'Union Européenne. Journal officiel de l'Union Européenne C115/15 du 9 mai 2008

Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, 9 mai 2008, Journal officiel de l'Union Européenne C115/47

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, 29 Mai 2005

Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, Journal Officiel des Communautés européennes C 340/1 du 10 novembre 1997

Traité sur l'Union Européenne (version consolidée), Maastricht, 7 fevrier 1992, Journal officiel de l'Union Européenne n° C-326 du 26 octobre 2012

Traité instituant la Communauté Européenne (CEE) (version consolidée), Acte Unique Européen, 28 février 1986, Journal officiel L 169 du 29.6.1987

Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Paris, 18 avril 1951

Traité instituant la Communauté Européenne (CEE), Rome, 25 mars 1957, non publié au Journal officiel

2. Règlements, directives

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), JOCE n° L 108-33 du 24 mai 2002 p. 0021 – 0032

Bibliographie

Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18/12/06 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques (Considérants), JOUE L 396 du 30 décembre 2006

3. Accords-cadres

Accord-cadre sur les relations entre le Parlement européen et la Commission européenne, 20 novembre 2010, JOUE n° L 304 du 20 novembre 2010

4. Conseils européens

Conseil européen d'Edimbourg, 11-12 décembre 1992

Conseil européen de Madrid, 15 et 16 décembre 1995

Conseil européen extraordinaire sur l'emploi à Luxembourg, 20/21 novembre 1997

5. Livres verts

Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union Européenne, Bruxelles, le 30 avril 2004, E2587 - COM (2004) 334 final

6. Livres blancs

Conseil des Communes et Régions d'Europe, « Un livre blanc sur la gouvernance européenne. Approfondir la démocratie, une plus grande implication des Collectivités Locales et Régionales » , Bruxelles, 29 mars 2001

Commission européenne, « Gouvernance dans l'Union Européenne Un livre blanc » , Bruxelles, le 25 juillet 2001, 428.

10. Déclarations, résolutions, rapports, recommandations, avis, communications, conférence Inter-Gouvernementale

Avis de la Commission des Communautés Européennes relatif au projet de révision du Traité instituant la Communauté économique européenne concernant l'Union politique, Bruxelles, 21 octobre 1990, COM (90) 600 final

Communication de la Cour de justice à l'attention de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique de 1991, 20 décembre 1990

2^e et 3^e Conférence Intergouvernementale, Rome, 28-29 Octobre 1990

Bibliographie

Conférence interinstitutionnelle, Bruxelles, 26 Novembre 1992, Compte Rendu Analytique des Débats, PE 202.943.

Michel PONIATOWSKI au nom de la délégation du Sénat pour les Communautés européennes, Rapport d'information n° 45 sur le principe de subsidiarité, 12 novembre 1992, en ligne http://www.senat.fr/europe/dossiers/senat_europeen/poniatowski_1992.pdf

Avis du Parlement européen, Bruxelles, 18 novembre 1992, Journal Officiel C 337 du 21 décembre 1992, p. 142.

Résolution du Parlement européen, Bruxelles, 18 novembre 1992, Journal Officiel C 337 du 21 décembre 1992

Parlement, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité, 25 octobre 1993, Journal Officiel des Communautés Européennes n° C-329 du 6 décembre 1993, p. 132.

Parlement, Conseil Commission, Déclaration interinstitutionnelle sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité complétant le Conseil européen d'Édimbourg, Luxembourg, 25 octobre 1993, Bulletin des Communautés Européennes d'octobre 1993

Conseil de l'Europe, Définition et limites du principe de subsidiarité: Rapport préparé/ pour le Comité directeur des autorités locales et régionales (CDLR), Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1994, 44. p.

Rapport Shutterland, Douzième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire, COM/95/500, 1994, Journal officiel n° C 254 du 29 septembre 1995

Christian de la MALENE au nom de la Délégation du Sénat pour l'Union Européenne, Rapport d'information n46 sur l'application du principe de subsidiarité, 23 octobre 1996, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/1996/r96-46-notice.html>

Hubert HAENEL au nom de la délégation pour l'Union Européenne, Rapport d'information n° 88 dans le cadre du dialogue avec la Commission européenne sur la subsidiarité, 21 novembre 2007, en ligne: <http://www.senat.fr/notice-rapport/2007/r07-088-notice.html>

Résolution européenne de Assemblée nationale du 8 nov. 2011 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modif. règl. (CE) n° 562.

Résolution du Sénat du 26 déc. 2011 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement.

Résolution du Sénat du 24 janv. 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans

Bibliographie

budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les Etats membres de la zone euro

Résolution du Sénat du 4 mars 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des données à caractère personnel qui affirment que le principe de subsidiarité

Résolution du Sénat du 6 mars 2012 portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et le règlement concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur.

Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 19^e rapport « Mieux légiférer » , 2011, Bruxelles, le 10.7.2012 COM(2012) 373 final

Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 20^e rapport « Mieux légiférer » , 2012, Bruxelles, le 30.7.2013 COM(2013) 566 final

Rapport de la Commission sur la subsidiarité et la proportionnalité, 21^e rapport « Mieux légiférer » , 2013, Bruxelles, le 5.8.2014 COM(2014) 506 final

Ministerie van Buitenlandse Zake, *Testing European legislation for subsidiarity and Proportionality*, 21 juin 2013, en ligne : www.government.nl (consulté le 21 janvier 2014), 28. p.

Michel BILLOUT et Aymeri de MONTESQUIOU, Proposition de résolution européenne portant avis motivé présentée au nom de la commission des affaires européennes (1), en application de l'article 73 octies du Règlement, sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte [COM (2013) 550 final], N° 148

Richard YUNG, Proposition de résolution européenne portant avis motivé présentée au nom de la commission des affaires européennes (1), en application de l'article 73 octies du Règlement, sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif à des mesures structurelles améliorant la résilience des établissements de crédit de l'Union européenne [COM (2014) 43], N° 420

11. Questions écrites et réponses de la Commission

Question n 2475/92 de lord O'Hagan (PPE) à la Commission des Communautés européennes (8 oct 92) (93/C 297/23)

Question n E-3803/93 de M Lode Van Outrive (PSE) au conseil des communautés européennes (12 janvier 1994) (94/C 102/ 56)

Bibliographie

Question n 2475 de lord O'Hagan (PPE) à la commission des communautés européennes, 8 octobre 1992, (93/C 297/23)

12. Rencontres

Premières Assises sur la subsidiarité organisées par le Comité des Régions au Bundesrat: un ultime appel pour une Constitution européenne, 25 mai 2004, COR/04/48

Conférence européenne sur la subsidiarité, Comité des Régions, 18 Avril 2006, COR/06/41

Rapport du Groupe de travail « Subsidiarité » présenté à la Convention européenne, Bruxelles, 3 et 4 octobre 2002

Rencontre au Sénat entre Peter STRAUBET Christian PONCELET sur la subsidiarité, Comité des régions, Bruxelles, 13 juillet 2004, COR/04/58

13. Convention européenne

Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950

Bibliographie

B. Droit canadien

1. Lois

a. Lois constitutionnelles

Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict., c. 3 (R.U.)

Loi constitutionnelle de 1982, [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 (R-U.)]

b. Lois ordinaires

Loi sur les mesures de guerre, LRC 1985 c W2.

Loi d'interprétation, L.R., 1985, ch. I-21.

Loi de 1931 visant à donner effet à des résolutions adoptées lors des conférences impériales de 1926 et 1930 dite Statut de Westminster, Westminster, 11 décembre 1931, 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.)

Loi sur Investissement Canada, L.R.C. 1985, ch. 28.

2. Rapports, Communiqués d'informations, travaux de Commissions

Conférences préparatoires à la loi constitutionnelle de 1867 : les résolutions de Québec de 1864, en ligne :
<http://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-7104-f.html>
(consulté le 23 octobre 2013)

A. SHORTT et A.G. DOUGHTY, *Documents concernant l'histoire constitutionnelle du Canada : 1759-1791*, Ottawa, Archives canadiennes, coll. « Collection de documents constitutionnels, Imprimé par Mulvey Imprimeur du roi », 1911, 747. p.

Canada. Parlement. Sénat., Rapport. Session 1939. Présenté en conformité d'une résolution du Sénat à l'Honorable Président du Sénat par le conseiller Parlementaire au sujet de la mise en vigueur de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord de 1867, de l'incompatibilité entre ses dispositions et leur interprétation judiciaire, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1940.

Canada. Premier ministre et I.b. Pearson, *Le fédéralisme et l'avenir : déclaration de principe et exposé de la politique du Gouvernement du Canada*, Ottawa, Queen's Printer, 1968, 49. p.

Bibliographie

Richard SIMEON, *Intergovernmental Relations and the Challenges to Canadian Federalism*, Ottawa, Administration publique du Canada, 1980, 23. p.

BAKVIS, H. et Queen's university (kingstonont.). institute of intergovernmental relations., *Federalism and the organization of political life : Canada in comparative perspective*, coll. « Queen's studies on the future of the Canadian communities, 2» , Kingston, Ont., Institute of Intergovernmental Relations Queen's University, 1981.

Canada (Centre d'information sur l'unité canadienne), *Notes sur le fédéralisme canadien*, Ottawa, Le Centre, 1984, 11. p.

Québec (Province), *Projet d'accord constitutionnel : propositions du Gouvernement du Québec*, [Québec, Le Gouvernement], 1985, 32. p.

Le Partage des pouvoirs et la politique d'État, coll. « Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,» , Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1985, 233. p.

Les Dossiers permanents du fédéralisme canadien, coll. « Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,» , [Ottawa], Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, 197. p.

Mark KRASNICK et Richard SIMEON, *Le partage des pouvoirs et la politique d'Etat*, commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du canada, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services canada, 1986, 233. p.

John D. WHITE, *Les dimensions constitutionnelles des mesures d'expansion économique*, commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du canada, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services canada, 1986, 31. p.

D.V. SMILEY, *Le fédéralisme intra-étatique au Canada*, coll. « Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,» , Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, 1986, 188. p.

Yvan BERNIER, Nicolas ROY, Charles PENTLAND, Daniel SOBERMAN, *Le concept de l'Union économique en droit international et constitutionnel*, Mark Krasnick, Kenneth Norrie et Richard Simeon (coord), Ottawa, Points de vue sur l'union économique, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1986, 70. p.

Bibliographie

Mark KRASNICK et Richard SIMEON, Ottawa, *Le partage des pouvoirs et la politique d'Etat, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1986.

Bâtir ensemble l'avenir du Canada : propositions, Ottawa, Ministère des approvisionnements et services Canada, 1991, 60. p.

Communiqué d'information du Conseil des Ministres Canadiens des Ressources et de l'Environnement faisant le point de leur 26^e réunion annuelle, Québec, 23 et 24 septembre 1987, document 830-284/ 020

Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur les renouvellements du Canada, *Un Canada renouvelé*, Rapport Baudouin Dobbie, 1992, 203. p.

Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, *Un virage à prendre en douceur*, Rapport final, Ottawa, vol. 1, 1993.

Communiqué de la Réunion fédérale-provinciale-territoriale des ministres sur les barrières intérieures, le 19 septembre au Nouveau Brunswick, Document 830-313/008

Allocution de la très honorable Beverley MCLACHLIN, C.P., *Le rôle du juge dans un État démocratique*, 3 juin 2004

Open federalism: interpretations, significance, [Kingston, Ont.] », Institut des relations intergouvernementales, 2006.

Rapports officiels d'Election Canada, en ligne : <http://www.elections.ca/content.aspx?section=res&dir=rep/off&document=index&lang=f>, consulté le 6 octobre 2013

C. Normes internationales et nationales

Organisation des Nations Unies, Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 1998.

Loi fondamentale pour la république fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, Journal officiel fédéral du 23 mai 1949

III. TABLES DE JURISPRUDENCE

A. Jurisprudence de la Cour de justice

Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn. - Demande de décision préjudicielle: Gerechtshof 's-Gravenhage - Pays-Bas, Affaire 13-61, 6 avril 1962

Costa c/ E.N.E.L., Affaire 6/64, 15 juillet 1964

Reynier et Erba / Commission de la CEE, Affaires jointes 79, 82/63, 13 novembre 1965

AETR (Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes - Accord Européen sur les Transports Routiers), Affaire 22-70, 31 mars 1971

Rewe-Zentral AG / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Affaire 120/78, 20 février 1979

Cassis de Dijon, Affaire 120/78, 20 février 1979

Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Affaire 120/78, 20 février 1979

Commission / Royaume Uni, Affaire 804/79, 5 mai 1981

Schul, Affaire 15/81, 5 mai 1982

Commission / France, Affaire C-252/85, 27 avril 1988

Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte, C-269/90, 21 novembre 1991, Rec. I p 5469

Allemagne/Conseil, Affaire C-426/93, 9 novembre 1995, Rec. p. I-3723

Tremblay e.a. / Commission, 24 octobre 1996, Affaire C-91/95

Brasserie du pêcheur et Factortame, Affaires jointes C-46/93 et C-48/93, 5 mars 1996

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996

Allemagne/ Parlement et Conseil, Affaire C-233/94, 13 mai 1997

Ketelsen, Affaire C-37/97, 22 octobre 1998

Table de jurisprudence

Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union, Affaire C-376/98, 5 octobre 2000

Imperial Tobacco e.a., Affaire C-74/99, 05 octobre 2000

Philip Morris International Inc contre Commission, Affaire T-377/00, 19 décembre 2000

Reynolds Tobacco e.a. c. Commission, Affaire T-379/00, 20 décembre 2000

Japan Tobacco Inc. c. Commission, Affaire T-380/00, 20 décembre 2000

Reynolds et autres c. Commission, Affaire T-260/01, 15 octobre 2001

Philip Morris International Inc. c. Commission, Affaire T-272/01, 15 octobre 2001

Pays-Bas / Parlement et Conseil, Affaire C-377/98, 9 octobre 2001

Japan Tobacco Inc. et JT International SA contre Conseil de l'Union Européenne et Parlement européen, Affaire T-223/01

British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002

Avesta Polarit Chrome Oy., Affaire C-114/01, 11 septembre 2003

Commission / Allemagne, Affaire C-103/01, 22 mai 2003

Standley, Affaire C-293/97, 29 avril 2004

Alliance for Natural Health e.a., Affaires C-154/04 et C-155/04, 12 juillet 2005

Natural Health et Nutri-Link, C-154/04 et C-155/04

Yonemoto, Affaire C-40/04, 8 septembre 2005

Commission des Communautés européennes/ Portugal, Affaire C-53/05, 6 juillet 2006

Suède / Commission, Affaire C64/05 P, 18 décembre 2007

Elf Evans / The United Kingdom, app n 633905, 2 mai 2007

Viking, Affaire C-438/05, 11 décembre 2007; *Laval*, Affaire C-341/05, 18 décembre 2007

Allemagne c. Commission, Affaire T-374/04, 7 novembre 2007

Michaniki, Affaire C-213/07, 16 décembre 2008

Commission / Italie, Affaire C-326/07, 26 mars 2009

Fundación Gala-Salvador Dalí et VEGAP, affaire C-518/08, 15 avril 2010

Table de jurisprudence

Commission / Estonie, C-505/09 P, 29 mars 2012

Vodafone, Affaire C-58/08, 8 juin 2010

Commission / Allemagne, Affaire C-518/0, 09 mars 2010

Artegoda GmbH/ Commission européenne, République fédérale d'Allemagne, Affaire C-221/10 P, 5 mai 2010

Commission / Allemagne, Affaire C-539/09, 15 novembre 2011

Grand-Duché de Luxembourg c. Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne, Affaire C-176/09, 12 mai 2011

Aquitaine / Commission, Affaire C-521/09 P, 29 septembre 2011

Commission / Allemagne, Affaire C-539/09, 15 novembre 2011

Commission / Estonie, Affaire C-505/09 P, 29 mars 2012

Commission/ Pologne, Affaire C-504/09 P, 29 mars 2012

Artegoda GmbH/ Commission européenne et République fédérale d'Allemagne, Affaire C-221/10 P, 19 avril 2012

Parlement européen / Conseil de l'Union Européenne, Affaire C-130/10, 19 juillet 2012

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej et République de Pologne/

Commission européenne, Affaires jointes C-422/11 P et C-423/11 P, 6 septembre 2012

Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH/ Commission, Affaire C-288/11 P, 19 décembre 2012

2. Conclusions des avocats généraux

Conclusions de l'avocat général Léger, - Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne, Affaire C-84/94, 12 novembre 1996.

Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, *British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco*, Affaire C-491/01, 10 décembre 2002.

Conclusion de l'avocat général Poiares Maduro, *Michaniki*, Affaire C-213/07, 8 octobre 2008.

Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, *Vodafone*, Affaire C-58/08, 8 juin 2010.

Table de jurisprudence

Conclusions de l'avocat général Mengozzi, *Grand-Duché de Luxembourg contre Parlement européen et Conseil de l'Union Européenne*, Affaire C-176/09, 12 mai 2011.

Conclusions de l'avocat général Trstenjak, *Commission / Estonie*, C-505/09 P, 29 mars 2012.

3. Avis de la Cour de justice

Avis 2/91, 19 mars 1993, Recueil de jurisprudence 1-1061 28.

Avis 1/94 (Accord établissant l'OMC), 15 novembre 1994, Recueil de jurisprudence 1994

Avis 1/94, 15 novembre 1994, Recueil de jurisprudence 1994

Avis 2/92 (Avis l'OCDE), 24 mars 1995, Recueil de jurisprudence 558

Jurisprudence d'Etats membres de l'Union Européenne

Décision n° 97-394 DC du 31/12/1997 relative à la constitutionnalité du traité d'Amsterdam, considérant 22.

CE, *Association « La Méridienne » et Association contre l'heure d'été*, n° 232590, 24 novembre 2003.

Décision n°2004-505 DC relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe.

CE, *Benjamin et syndicat d'initiative de Nevers*, n° 17413, 19 mai 1933.

B. Jurisprudence de la Cour Suprême du Canada

Brasserie Labatt du Canada Ltée c. Canada (PG), [1847] RCS 914 944

Tennant v. Union Bank of Canada, [1884] AC 31

Attorney general for Ontario v Attorney general for the Dominion and the distillers and Brewers associations of Ontario, [1896] AC 348 (local prohibition case)

Renvoi sur la constitution de compagnies, [1913] 48 RCS 331

Renvoi relatif à la loi de la commission de commerce et à la loi des coalitions et des prix raisonnables, [1922] 1 AC 191

Fort France Pulp and Power co c. Manitoba Free Press Co., [1923] AC 695, note 270

Table de jurisprudence

Gibbons c. Ogden, 1924, 22US A

Toronto Electric Commissioners / Snider, [1925] AC 396

Proprietary Articles Trade Association / AG Canada, [1931] AC 310

Renvoi sur l'aéronautique, [1932] A./ 54

The Attorney General of Canada v The Attorney General of Ontario and others, [1937] A./ 326

PG Canada c. PG Ontario (Renvoi relatif aux conventions de travail), [1937] AC 326

AG for Canada v. AG for Ontario, [1937] AC 326

Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation, [1946] A.C. 193

Renvoi sur la margarine, [1949] R.C.S. 1.

Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, [1950]. A.C.S. no 1

Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec, [1951] A.C. 179

Johannesson v. Municipality of West St. Paul, [1952] 1 S.C.R. 292

Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd., [1963] 2 All E.R. 658

Munro v. National Capital Commission, [1966] S.C.R. 663

Burns food Ltd c. Manitoba (P.G.), [1975] 1RCS 494

Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

MacDonald c. Vapor Canada Ltd., [1977] 2 RCS 134

R. c. Zelensky, [1978] 2 R.C.S. 94

Committees for justice and liberty c. office national de l'énergie, [1978] 1R.C.S. 369

Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada, [1980] 1 R.C.S. 115

Citizen Insurance Compagny of Canada c. Parsons, [1881] 7 A.C.96, 113(C.P.).

Renvoi : résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

P.G. Québec c. Lechasseur, [1981], 2RCS 228

Russel c. la Reine, [1882] 7 AC 829

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161

Table de jurisprudence

Conseil canadien des relations de travail c Paul l'anglais Inc, [1983] 1R.C.S. 147
et *P.G. Canadac.Law Society of British Columbia* (1982) 2R.C.S.307.

P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée, [1983] 2 RCS 206

Hodge c. La Reine, [1883], 9 A.C. 117

Canada (attorney general) v. Canadian national transportation, Ltd, [1983] 2
SCR 206

R. c. McCutcheon and city of Toronto, [1983] 147 D.L.R. (3d) 193 (HC Ont.)

R c Valente, [1983] 145 D.L.R. 452 (CA Ont)

Procureur général du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée, [1983] 2
RCS 206 p208, opinion du juge Dickson

Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, [1984] 1 R.C.S. 86

R.c. Messier, [1985] 44 CR (3d) 235 9Qc CSP)

Alvetta-Comeau c. A.P.L. et commission scolaire de Brossard, [1986] R.J.Q.1773

Beauregard c. Canada, [1986] 2 R.C.S. 56

P.G. de l'Ontario c P.G. du Canada (Renvoi: résolution pour modifier la
Constitution), [1986] A.C. 348

Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois, [1988] 1 R.C.S.
868

Alltrans Express Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board),
[1988] 1 R.C.S. 897

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401

Q.N.S Paper c. Chartwell Shipping, [1989] 2RCS 683

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641

Alberta GovernmentTelephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des
télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225

Banque de Montréal c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1
S.C.R. 3

Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S.
327

Table de jurisprudence

Hunt c. T&N plc, [1993] 4 RCS 289

R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463

Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail), [1993] 3 R.C.S. 327

Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1995] 3 R.C.S. 453

R. c. Russel, (1997) 1 R.C.S. 356

R c Hydro Québec, [1997] 3 S.C.R. 213

Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour Provinciale (IPE), [1998] 2 RCS 443

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217

Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] CSC 40 (28 juin 2001)

Mackin c. Nouveau Brunswick (ministre des finances); Rice c Nouveau Brunswick, [2002] 1 RCS 405

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, [2005] 2 R.C.S. 473

Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23, [2005] CSC 56. Note 6

Colombie-Britannique(procureur général) c. Imperial Tobacco Canada Ltée, (2005) 2RCS 473, par 1-20, 26-42

Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland, [2005] 1 R.C.S. 292
Cooperative Commitee on Japonese Canadians c AG Canada, [1947] A.C. 87

Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc., [2005] 3 R.C.S. 302, 2005 CSC 65.

Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan, [2005] CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188

Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3

Charkaoui c Canada(citoyenneté et immigration), [2007] CSC 9

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada inc., [2007] 2 R.C.S. 86

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010], CSC 61

Table de jurisprudence

Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association, [2010] 2 RCS 536

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] CSC 61.Par. 204

Québec (Procureur général) c. Lacombe, [2010] CSC 38.

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, [2011] CSC 66.

INDEX

- a contrario, 238
- aéronautique, 61, 78, 200, 228, 229, 245
- aéronautique, 61, 229
- analogie, 29, 193, 199, 227, 228, 229, 238
- argumentation, 22, 39, 195, 198, 203, 204, 207, 211, 213, 226, 227, 228, 229, 234, 237, 249, 293, 295, 296, 297, 298, 312, 356, 362
- argumentation, 253, 262
- charte canadienne des droits et libertés, 25
- clause de commerce, 23, 43, 62, 63, 66, 68, 69, 71, 76, 84, 98, 99, 100, 125, 127, 188, 267, 307, 357
- clause de commerce, 62
- codétermination, 35, 238, 323, 324
- Comite des Régions
- CdR, 177
- comite judiciaire du Conseil privé, 28
- commerce, 23, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 80, 83, 84, 94, 99, 100, 101, 127, 194, 198, 208, 217, 240, 241, 242, 244, 285, 348, 350
- commerce, 62, 63, 66, 67, 69, 80, 83, 100, 101, 191, 217, 230, 241, 242, 244, 320, 349
- Commission, 9, 52, 96, 110, 122, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 159, 163, 164, 168, 169, 173, 174, 178, 181, 182, 183, 187, 196, 201, 202, 203, 204, 209, 215, 218, 222, 232, 237, 248, 260, 274, 277, 278, 284, 285, 288, 289, 336, 340, 344, 345, 346, 361, 394
- Commission, 20, 25, 53, 55, 59, 66, 67, 79, 91, 93, 96, 97, 100, 108, 110, 114, 122, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 143, 144, 145, 149, 150, 151, 157, 162, 163, 166, 167, 168, 169, 177, 179, 180, 181, 182, 183, 196, 203, 205, 209, 215, 218, 219, 221, 222, 234, 237, 259, 260, 261, 263, 264, 275, 278, 279, 285, 289, 299, 317, 340, 345, 362
- Communautés européennes, 26
- Communautés européennes, 16, 52, 89, 91, 95, 131, 151, 156, 162, 163, 180, 195, 214, 335, 336, 340
- compétences exclusives, 14, 19, 25, 88, 105, 106, 107, 108, 112, 116, 136, 153, 277, 359
- compétences exclusives, 107, 115
- compétences partagées, 19, 53, 73, 74, 88, 93, 105, 108, 111, 112, 123, 146, 279, 356
- compétences partagées, 18, 107, 116
- Conseil, 8, 9, 20, 23, 28, 30, 55, 65, 66, 67, 78, 80, 81, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 143, 145, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 159, 161, 163, 168, 169, 173, 175, 178, 179, 182, 183, 191, 192, 196, 218, 219, 220, 226, 228, 229, 236, 247, 248,

Index

- 249, 278, 284, 285, 287, 288, 289, 336, 340, 350, 361, 390
- Conseil, 21, 23, 49, 55, 60, 91, 93, 96, 100, 122, 123, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 143, 144, 145, 149, 150, 151, 154, 157, 159, 162, 166, 168, 175, 180, 181, 182, 192, 209, 210, 218, 226, 227, 228, 233, 234, 236, 246, 248, 249, 271, 273, 275, 276, 278, 285, 287, 288, 289, 298, 299, 334, 340, 343, 344, 356, 362
- contraintes, 32, 35, 36, 39, 110, 132, 319, 323, 327, 329, 354
- contrôle juridictionnel, 7, 24, 39, 125, 127, 174, 188, 272, 274, 283, 284, 287, 292, 293, 297, 298, 299, 307, 309, 318, 320, 322, 333, 336, 342, 356, 365
- contrôle juridictionnel, 52, 134, 292
- contrôle substantiel
- substantiel, 269
- Cour de justice, 27, 94, 152, 169, 173, 220, 221, 267, 273, 275, 276, 295, 296, 334
- Cour de justice, 26, 152, 195, 214, 271, 275, 294, 295, 335, 336
- Cour de justice de l'UE, 7
- Cour suprême, 7, 25, 28, 29, 33, 56, 68, 78, 79, 80, 81, 246, 254, 280, 290, 332
- Cour Suprême du Canada, 7, 24, 78, 267, 311, 316, 317, 332, 342, 346, 354
- Cour Suprême du Canada, 276
- droit social, 341
- environnement*, 57, 59, 103, 136, 137, 138, 177, 196, 197, 198, 222, 251, 252, 253, 254, 255, 258, 341, 343, 344, 345
- environnement*, 16, 89, 114, 116, 137, 139, 197, 255, 343, 345
- interprétation, 15, 22, 23, 24, 26, 28, 30, 37, 38, 39, 41, 53, 59, 60, 63, 66, 70, 77, 85, 87, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 105, 109, 114, 115, 117, 118, 122, 127, 148, 150, 151, 152, 164, 187, 188, 192, 195, 201, 202, 217, 220, 222, 223, 238, 243, 246, 249, 251, 255, 269, 275, 276, 279, 281, 285, 286, 293, 294, 296, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 316, 323, 326, 329, 331, 337, 341, 350, 355, 357, 362, 363, 364
- interprétation, 20, 22, 28, 59, 100, 103, 309, 310, 311, 312, 331
- interprétation juridictionnelle, 38, 39, 41, 164, 308, 309, 312, 355, 357
- légitimité, 9, 39, 51, 122, 131, 134, 182, 184, 270, 273, 279, 280, 297, 301, 303, 307, 309, 314, 316, 318, 319, 320, 322, 331, 333, 334, 336, 337, 341, 347, 353, 354, 356
- légitimité, 121, 339
- loi constitutionnelle de 1867, 21, 23, 43, 67, 197, 259
- loi constitutionnelle de 1867, 59, 313
- marche intérieur, 193, 362
- mécanisme d'alerte précoce, 159, 163, 166, 167, 174, 361
- mécanisme d'alerte précoce, 167
- objectif pragmatique, 204, 219, 247
- objectif systémique, 219
- Parlement, 21, 23, 27, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 78, 80, 81, 82,

Index

- 83, 84, 100, 102, 128, 129, 132, 133, 134, 136, 143, 149, 151, 152, 153, 155, 156, 162, 164, 168, 169, 172, 175, 182, 187, 191, 192, 198, 201, 202, 203, 217, 220, 223, 226, 228, 238, 248, 253, 255, 256, 258, 260, 261, 263, 273, 278, 279, 284, 285, 288, 289, 290, 291, 350, 361
- Parlement, 23, 60, 83, 95, 129, 131, 132, 133, 149, 150, 152, 153, 157, 162, 166, 167, 168, 169, 175, 180, 181, 203, 209, 210, 226, 227, 228, 230, 233, 234, 246, 248, 249, 261, 262, 263, 264, 273, 275, 278, 279, 288, 289, 291, 298, 299, 300, 302, 345, 346, 362
- partage des compétences, 7, 9, 17, 20, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 34, 35, 36, 41, 43, 44, 53, 54, 58, 59, 66, 70, 98, 112, 117, 118, 119, 120, 127, 196, 201, 202, 219, 245, 258, 263, 275, 280, 281, 283, 302, 303, 313, 317, 322, 327, 337, 343, 349
- partage des compétences, 22, 76, 103, 262, 338, 341, 343
- positivisme, 313
- pouvoir externe, 331
- prédétermination, 323, 324
- préjudicielle, 337
- principe de proportionnalité, 73, 75, 95, 109, 113, 114, 115, 116, 130, 131, 132, 149, 236, 247, 249, 276, 287, 293, 294, 297
- principe de proportionnalité, 248
- principe de subsidiarité, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 22, 23, 31, 35, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 62, 70, 73, 74, 75, 77, 85, 87, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 98, 101, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 117, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 156, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 193, 196, 198, 201, 202, 207, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 222, 225, 226, 233, 234, 236, 245, 248, 249, 267, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 293, 295, 296, 297, 298, 299, 307, 309, 313, 316, 331, 332, 334, 336, 337, 340, 341, 355, 357, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365
- principe de subsidiarité, 13, 14, 16, 17, 18, 39, 44, 50, 52, 73, 90, 93, 95, 103, 108, 110, 115, 128, 131, 133, 137, 146, 148, 149, 151, 152, 153, 164, 165, 167, 168, 173, 175, 178, 179, 181, 236, 248, 271, 273, 275, 277, 279, 286, 295, 298, 299, 300, 309
- réalisme, 357
- réalisme, 312
- recours en annulation, 226, 337
- recours en annulation, 30, 90
- Renvoi sur l'aéronautique\f, 229
- Renvoi sur la constitution de compagnies*\f, 79, 405
- Renvoi sur la constitution de compagnies\ff, 79
- rhétorique, 327
- surdétermination, 35, 322, 323, 324, 357, 364

Index

- téléologique, 243, 285, 313
- théorie de l'intérêt national, 18, 59, 69, 70, 76, 77, 79, 80, 83, 119, 212, 224, 251, 252, 258
- théorie de l'intérêt national, 59, 77, 80
- théorie de l'urgence, 60, 69, 70, 76, 78, 79, 80, 82, 83, 104, 212, 290, 291, 292
- théorie de l'urgence, 60, 61
- théorie des compétences implicites, 195, 196, 294
- théorie du chevauchement, 117
- théorie Paix, Ordre et Bon Gouvernement, 23
- traite de Lisbonne, 19, 106, 107, 193
- traite de Lisbonne, 14, 108, 167
- Union européenne, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 73, 74, 75, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 106, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 122, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 136, 143, 144, 145, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 157, 162, 164, 165, 169, 173, 177, 178, 183, 193, 194, 196, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 218, 220, 221, 228, 233, 236, 237, 246, 247, 248, 249, 272, 273, 274, 276, 278, 279, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 294, 295, 296, 297, 336, 340
- Union européenne, 14, 15, 16, 17, 18, 25, 26, 47, 50, 51, 52, 54, 74, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 106, 108, 110, 115, 116, 121, 122, 129, 130, 134, 135, 137, 149, 150, 153, 156, 162, 163, 164, 167, 168, 174, 186, 193, 194, 196, 208, 214, 218, 222, 226, 227, 228, 231, 233, 234, 236, 246, 248, 249, 271, 272, 274, 275, 286, 289, 290, 296, 298, 299, 334, 335, 340, 341, 362
- valeurs, 309

INDEX JURISPRUDENTIEL

Jurisprudence de la Cour de justice

AETR, 89, 396

Allemagne c. Commission, 220, 397

Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union, 397

Allemagne/Conseil, 274, 396

Allemagne/Parlement et Conseil, 23, 207

Alliance for Natural Health.a., 397

Aquitaine / Commission, 203, 275, 276, 398

Artegoda GmbH/ Commission européenne et République fédérale d'Allemagne, 282, 398

Avesta Polarit Chrome Oy., 283, 334, 397

Brasserie du pêcheur et Factortame, 150, 396

British American Tobacco Investments et Imperial Tobacco, 88, 110, 111, 189, 190, 191, 205, 206, 207, 229, 230, 231, 233, 234, 245, 277, 284, 285, 335, 358, 397, 398

Commission / Allemagne, 213, 216, 230, 232, 235, 246, 276, 358, 397, 398

Commission / Estonie, 282, 283, 398, 399, 416

Commission / France, 396

Commission / Italie, 276, 398

Commission / Royaume Uni, 396

Commission/ Pologne, 286, 398

Costa c/ E.N.E.L., 90, 396

Elf Evans / The United Kingdom, 397

Fundación Gala-Salvador Dalí et VEGAP, 188, 212, 213, 230, 398

Table des matières

<i>Imperial Tobacco e.a.</i> , 276, 397
<i>Japan Tobacco Inc. c. Commission</i> , 397
<i>Ketelsen</i> , 275, 397
<i>Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd contre Robert Bosch GmbH</i> , 89, 396
<i>Michaniki</i> , 275, 293, 398, 399
<i>Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH/ Commission</i> , 191, 398
<i>Natural Health et Nutri-Link</i> , 74, 397
<i>Parlement européen / Conseil de l'Union Européenne</i> , 167, 398
<i>Pays-Bas / Parlement et Conseil</i> , 190, 282, 283, 397, 416
<i>Philip Morris International Inc contre Commission</i> , 397
<i>Reynolds Tobacco e.a. c. Commission</i> , 397
<i>Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union Européenne</i> , 338, 398
<i>Schul</i> , 191, 396
<i>Standley</i> , 397
<i>Suède / Commission</i> , 286, 287, 397
<i>Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte</i> , 272
<i>Tremblay e.a. / Commission</i> , 276, 396
<i>Viking</i> , 171, 397
<i>Vodafone</i> , 72, 74, 189, 192, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 216, 230, 234, 282, 284, 295, 335, 398, 399, 417
<i>Yonemoto</i> , 397

Jurisprudence de la Cour Suprême

AG for Canada v. AG for Ontario, 116, 395

Alberta GovernmentTelephones c. Canada, 396

Alvetta-Comeau c. A.P.L. et commission scolaire de Brossard, 331, 396

Attorney general for Ontario v Attorney general for the Dominion and the distillers and Brewers associations of Ontario, 395

Banque de Montréal c. Hall, 82, 117, 396

Beauregard c. Canada, 331, 396

Brasserie Labatt du Canada Ltée c. Canada (PG), 63, 394

Burns food Ltd c. Manitoba (P.G.), 64, 395

Canada (attorney general) v. Canadian national transportation, 396

Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), 191

Canadian Federation of Agriculture c. Attorney-General for Quebec, 395

Charkaoui c Canada, 332, 397

Citizen Insurance Compagny of Canada c. Parsons, 65, 396

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada inc, 276, 397

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 21, 397

Colombie-Britannique(procureur général) c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 397

Committes for justice and liberty c. office national de l'énergie, 331, 395

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois, 396

Conseil canadien des relations de travail c Paul l'anglais Inc, 396

Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland, 56, 397

Fort France Pulp and Power co c. Manitoba Free Press Co., 78, 395

Friends of the Oldman River Society v. Canada, 117, 249, 396

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, 62, 66, 81, 97, 98, 99, 116, 200, 210, 211, 226, 227, 234, 235, 236, 237, 238, 247, 314, 341, 396

Gibbons c. Ogden, 66, 395

Hodge c. La Reine, 54, 396

Table des matières

<i>Hunt c. T&N plc</i>	397
<i>Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national</i>	397
<i>Johannesson v. Municipality of West St. Paul</i>	59, 75, 193, 194, 223, 395
<i>Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.</i>	66, 397
<i>Kramer</i>	89, 214, 395
<i>MacDonald c. Vapor Canada Ltd.</i>	66, 395
<i>Multiple Access Ltd. c. McCutcheon</i>	353, 396
<i>Munro v. National Capital Commission</i>	57, 76, 395
<i>Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada</i>	395
<i>Oakes</i>	80, 396
<i>Ontario Hydro c. Ontario</i>	253, 254, 255, 256, 257, 258, 312, 397
<i>P.G. (Can.) c. Transports Nationaux du Can., Ltée</i>	342, 396
<i>P.G. Québec c. Lechasseur</i>	117, 396
<i>Parsons v. B.N.M. Laboratories Ltd.</i>	60, 63, 64, 65, 117, 395
<i>PG Canada c. PG Ontario</i> (Renvoi relatif aux conventions de travail)	395
<i>Procureur général du Canada c. Transports nationaux du Canada Ltée</i>	396
<i>Proprietary Articles Trade Association / AG Canada</i>	395
<i>Q.N.S Paper c. Chartwell Shipping</i>	396
<i>Québec (Procureur général) c. Lacombe</i>	23, 119, 223, 235, 239, 240, 247, 397
<i>R c Hydro Québec</i>	192, 397
<i>R c Valente</i>	332, 396
<i>R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.</i>	192, 200, 206, 216, 246, 396
<i>R. c. McCutcheon and city of Toronto</i>	396
<i>R. c. Morgentaler</i>	294, 397
<i>R. c. Russel</i>	101, 397
<i>R. c. Zelensky</i>	353, 395
<i>R.c. Messier</i>	331, 396
<i>Renvoi</i>	

Table des matières

résolution pour modifier la Constitution, 274, 396
Renvoi relatif à la loi de la commission de commerce et à la loi des coalitions et des prix raisonnables, 77, 395

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilière, 23, 60, 62, 63, 66, 67, 69, 75, 79, 99, 200, 211, 231, 232, 233, 259, 308, 344, 397

Renvoi relatif à la sécession du Québec, 22, 54, 274, 275, 397

Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, 80, 296, 395

Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve, 58, 396

Renvoi sur la margarine, 66, 295, 395

Renvoi sur la validité de la loi anti-inflation, 58, 59, 395

Renvoi sur le Residential Tenancies Act, 285, 395

Mackin c. Nouveau Brunswick (ministre des finances), 397

Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan, 276, 397

Russel c. la Reine, 74, 75, 396

Tennant v. Union Bank of Canada, 118, 394

The Attorney General of Canada v The Attorney General of Ontario and others, 395

The Queen, à la demande de Alliance for CJCE, 273, 397

Toronto Electric Commissioners / Snider, 395

TABLE DES MATIÈRES

Liste des sigles.....	7
INTRODUCTION	7
§1. L'utilité de la subsidiarité dans tout système incluant un partage vertical des compétences.....	13
A. Quelques fondements philosophiques et doctrinaux du principe de subsidiarité	13
B. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne et en droit canadien	18
1. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne	18
a. Les origines du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne	18
b. Le contenu du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne	22
c. L'application de la subsidiarité aux compétences partagées	23
2. Les mécanismes de subsidiarité en droit fédéral : l'exemple canadien	25
a. Une subsidiarité en germe dans les origines de la fédération.....	25
b. La reconnaissance progressive de la subsidiarité comme principe d'interprétation du partage des compétences	27
3. Le principe de subsidiarité dans des Etats unitaires.....	30
c. La subsidiarité en droit grec	31
d. La subsidiarité en droit portugais	32
§2. La pertinence de l'observation de la jurisprudence de la Cour suprême.....	33
A. La comparaison de Cours appartenant à des systèmes juridiques différents	34
B. La comparaison de Cours possédant un statut distinct.....	35
C. L'originalité de l'étude par rapport aux travaux antérieurs.....	40
§3. Considérations méthodologiques.....	41
A. L'adoption d'un cadre théorique de droit comparé	41
B. Le choix de ne pas étudier la jurisprudence des juridictions nationales	45
1. L'absence de contrôle de la subsidiarité par les juridictions nationales	46
2. Le peu d'impact de la référence des juridictions nationales à la subsidiarité sur la jurisprudence de la Cour de justice	47
3. Les réticences des juridictions nationales à mettre en œuvre le principe de subsidiarité	47
C. Annonce du plan	48
PREMIERE PARTIE. LA NECESSITE D'UN CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA SUBSIDIARITE.....	50
TITRE I. L'INDETERMINATION D'UNE NORME EVOLUTIVE	51
<i>Chapitre 1. L'apport de la subsidiarité et ses critères d'application.....</i>	<i>51</i>
Section 1. L'apport de la subsidiarité	51
Sous-section 1. Le caractère ambivalent et dynamique du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne.....	51
§1. Le caractère ambivalent du principe de subsidiarité	52
A. L'aspect ascendant de la subsidiarité	53
B. L'aspect descendant de la subsidiarité	55
1. La protection de la diversité par le principe de subsidiarité	55
a. Les débats à l'origine de l'article 5§3B.....	56
b. L'objectif de protection de la diversité.....	57
2. Le principe de subsidiarité, corollaire du principe de démocratie	58
a. L'objectif de séparation des pouvoirs	58
b. La proximité entre le pouvoir et le citoyen	59
3. La relégitimation de l'Union Européenne	60
C. Le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs	60
§2. Le principe de subsidiarité : un principe dynamique	62
Sous-section 2. Les mécanismes de subsidiarité en droit canadien.....	65
§1. La logique fédérale canadienne : une logique de subsidiarité.....	65
§2. Les mécanismes de subsidiarité en droit canadien	67
A. Les théories du partage des compétences relevant d'une logique de subsidiarité	67
1. La clause Paix, ordre et bon gouvernement	68
a. La théorie de l'intérêt national.....	68
b. La théorie de l'urgence	69
c. Le pouvoir résiduaire du fédéral.....	70
2. La clause fédérale de commerce.....	71
a. Le caractère apparemment ascendant de la clause de commerce	71
b. La préservation des compétences provinciales en matière de commerce	76

Table des matières

B. L'évolutivité du partage des compétences assurée par la doctrine Paix, Ordre et Bon Gouvernement et par la clause de commerce	79
1. Le caractère évolutif de la théorie de l'urgence	80
2. La découverte de compétences fédérales par la théorie de l'intérêt national	80
3. Le caractère évolutif de la clause de commerce	81
Section 2. Les critères d'application du principe de subsidiarité	83
Sous-section 1. Les critères d'application du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne	83
§1. Le test d'efficacité comparative	83
A. Le contenu du test d'efficacité comparative	83
B. Le lien entre les deux étapes du test	84
§2. Le test de la valeur ajoutée	85
§3. Le contrôle conjoint de ces deux critères par la Cour	85
Sous-section 2. Les critères de la „subsidiarité canadienne“	86
§1. Les critères de la théorie de l'intérêt national	86
A. Les critères actuels de la théorie de l'intérêt national	86
B. Le développement jurisprudentiel de la théorie des dimensions nationales	88
§2. Les critères de la théorie de l'urgence	90
§3. Les critères de la clause fédérale de commerce	94
<i>Conclusion du chapitre 1</i>	96
<i>Chapitre 2. Les limites de la subsidiarité</i>	97
Section 1. Les limites de la subsidiarité découlant de son caractère ambivalent	97
Sous-section 1. Les limites de la subsidiarité découlant de son caractère ambivalent en droit de l'Union Européenne	97
§1. La problématique de la restitution de compétences aux Etats membres	97
A. La réévaluation de la nécessité de l'intervention de l'Union Européenne	99
B. Les dangers d'une remise en question des compétences de l'Union Européenne	100
1. La nécessité de garantir la prévisibilité du droit de l'Union Européenne	100
2. La recherche d'un droit de l'Union Européenne effectif	101
a. Le principe d'effectivité	101
b. La progression constante des compétences de l'Union Européenne	103
3. La remise en question de nouvelles normes de l'Union Européenne	103
§2. La tension entre proximité avec le citoyen et efficacité	105
A. La protection des compétences étatiques par l'article 5§3	105
B. La limitation du principe de proximité	108
Sous-section 2. L'indétermination des critères de la subsidiarité en droit canadien	110
A. Le caractère indéterminé des critères de la clause de commerce	110
B. Le caractère indéterminé des critères de l'intérêt national	114
C. L'indétermination des critères de la théorie de l'urgence	115
Section 2. La délicate délimitation des champs d'application de la subsidiarité	116
Sous-section 1. L'identification des compétences partagées en droit de l'Union Européenne	116
A. L'évolution des compétences exclusives	116
1. L'identification des compétences exclusives avant le traité de Lisbonne	116
2. Les effets de l'insertion dans le traité de Lisbonne de listes de compétences	119
B. L'indétermination du champ d'application du principe de subsidiarité dans les domaines de compétences partagées	120
-La communautarisation des objectifs	122
-L'encadrement des comportements	123
C. Les conséquences de l'application du principe de subsidiarité aux seuls domaines de compétences partagées	123
a. L'orientation de l'identification de la base juridique	124
b. La conciliation d'objectifs d'efficacité et de démocratie	124
Sous-section 2. L'indétermination du lien entre subsidiarité et proportionnalité	125
§1. La frontière ténue entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne	125
A. Les recoupements entre le second test du principe de subsidiarité et le critère de proportionnalité dans les compétences concurrentes	126
B. Une distinction plus nette des principes de subsidiarité et de proportionnalité dans les domaines de compétences parallèles	128
§2. La « proportionnalité » en droit canadien	129
1. Le déclin de la théorie classique des « compartiments étanches »	130
2. Une conception moderne favorable à la coexistence des lois	131
3. L'influence du chevauchement sur les compétences provinciales	132
<i>Conclusion du chapitre 2</i>	135
CONCLUSION DU TITRE I	138

Table des matières

TITRE II. LE CONTROLE DE LA SUBSIDIARITE PAR LES INSTITUTIONS POLITIQUES.....	139
<i>Chapitre 1. Le rôle des institutions politiques centrales dans le respect du principe de subsidiarité</i>	140
Section 1. La précision de la subsidiarité par les institutions politiques	140
Sous-Section 1. La précision de la subsidiarité par les institutions politiques de l'Union Européenne.....	140
§1. La précision du contrôle du principe de subsidiarité par les Conseils européens.....	141
§2. La précision du principe de subsidiarité par les accords interinstitutionnels	143
§3. L'application par les institutions politiques de la subsidiarité à l'environnement en droit de l'Union Européenne.....	148
a. La subsidiarité dans la politique relative aux émissions et aux milieux récepteurs ...	151
b. Les exigences environnementales dans la politique des produits.....	151
Sous-Section 2. La précision politique de mécanismes de subsidiarité au Canada	153
1. L'absence de définition de la subsidiarité au moment de la mise en place de la confédération	153
2. La théorisation ultérieure de la subsidiarité.....	155
Section 2. Le contrôle du principe de subsidiarité par les institutions politiques de l'Union Européenne.....	157
§1. Le contrôle du principe de subsidiarité par la Commission	158
A. Le rôle de la Commission dans le contrôle du principe de subsidiarité.....	158
B. Les résultats concluants du contrôle de la subsidiarité par la Commission.....	161
C. Un contrôle de la Commission insuffisant à prévenir toute violation de la subsidiarité	162
a. Une application d'abord réservée du principe de subsidiarité.....	163
b. L'assimilation de la subsidiarité à la proportionnalité par la Commission.....	163
c. La position de la Commission sur l'applicabilité de la subsidiarité à l'acquis de l'Union Européenne.....	165
§2. Le contrôle de la subsidiarité par le Conseil et le Parlement	166
A. Le rôle du Conseil et du Parlement dans le contrôle du principe de subsidiarité	166
B. Le perfectionnement du contrôle de la subsidiarité par le Parlement de l'Union Européenne.....	169
C. Les limites du contrôle exercé par le Parlement et le Conseil	170
1. Les limites du contrôle exercé par le Parlement.....	170
2. Les risques d'instrumentalisation de la subsidiarité par le Conseil	171
<i>Conclusion du chapitre 1.....</i>	173
<i>Chapitre 2. Le rôle des institutions politiques étatiques et infra étatiques dans le contrôle de la subsidiarité.....</i>	175
Section 1. L'influence des institutions politiques étatiques dans le contrôle du principe de subsidiarité.....	175
A. Le principe d'un contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux.....	175
1. L'idée d'un contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux.....	176
2. Le contrôle du principe de subsidiarité dans le Traité d'Amsterdam.....	179
B. Le contrôle des parlements nationaux prévu par le traité de Lisbonne.....	179
1. L'obligation d'information des institutions de l'Union Européenne à l'égard des parlements nationaux	180
2. Le mécanisme d'alerte précoce.....	181
2. Le recours juridictionnel offert aux parlements nationaux.....	184
C. Le contrôle des parlements nationaux dans la pratique	185
1. La mise en œuvre du mécanisme d'alerte précoce.....	185
2. L'exemple français de mise en œuvre de la procédure prévue par le traité de Lisbonne.....	187
a. L'ouverture à chaque assemblée d'un recours devant la Cour de justice	187
b. L'évaluation par le Sénat français de la conformité au principe de subsidiarité d'un règlement.....	188
3. Les limites au contrôle du principe de subsidiarité par les parlements nationaux.....	189
Section 2. L'influence des institutions politiques infra-étatiques dans le contrôle du principe de subsidiarité.....	191
A. La nécessité d'une application du principe de subsidiarité aux régions européennes	191
B. Le lancement par le Comité des Régions d'un réseau de monitoring de la subsidiarité	193
C. La possibilité pour le Comité des Régions de former un recours pour violation du principe de subsidiarité	200
CONCLUSION DU TITRE II	203
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	205
DEUXIEME PARTIE. L'ETENDUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA SUBSIDIARITE	207
TITRE I. L'EXPRESSION JURISPRUDENTIELLE DES LIMITES DE LA JUSTICIABILITE DE LA SUBSIDIARITE.....	207
<i>Chapitre 1. La difficulté pour les Cours de contrôler un principe ambivalent.....</i>	207

Table des matières

Section 1. l'identification de l'objectif poursuivi par une norme	208
§1. L'identification du marché intérieur comme base juridique.....	208
A. La distinction entre marché commun et protection de la santé publique	209
B. La référence à l'objectif poursuivi par les traités et non par le règlement	212
§2. L'applicabilité de la subsidiarité à l'environnement en droit canadien.....	214
§3. La distinction entre règlement de zonage et aéronautique	217
§4. L'influence sur la subsidiarité de l'identification de l'objet d'une loi dans le domaine biomédical.....	219
Conclusion de la section 1	224
Section 2. L'évaluation de la capacité à agir des niveaux de pouvoir.....	225
Sous-section 1. L'évaluation de la capacité à agir dans le domaine du marché intérieur.....	225
§1. La capacité à agir dans le domaine du marché intérieur en droit de l'Union Européenne	226
A. La capacité des Etats à assurer le bon fonctionnement du marché commun dans le domaine de la santé publique	226
1. L'évaluation de la capacité à agir par la Cour de justice	226
2. L'interprétation de la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne par les requérants.....	228
B. L'évaluation de la capacité à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur dans le domaine de la téléphonie mobile	229
1. La référence de l'avocat général à la capacité objective d'intervention des Etats.....	230
2. L'argumentation de l'avocat général montrant la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne	231
a. L'efficacité conçue comme une action diligente	231
b. L'argument de la nature transfrontalière	232
3. Le laconisme de l'argumentation de la Cour	233
C. L'évaluation de la nécessité d'une intervention de l'Union Européenne pour éviter une distorsion de la concurrence dans le domaine de l'art et de la culture	234
D. La prise en compte de la dimension transfrontalière de la coopération administrative en matière de TVA.....	235
§2. La capacité à agir dans le cadre de la clause de commerce.....	236
Sous-section 2. L'évaluation de la capacité à agir des Etats membres dans le domaine des relations de travail	237
Sous-section 3. L'évaluation de la capacité à agir des niveaux de gouvernement dans le domaine de l'environnement.....	239
§1. La capacité à agir en droit de l'environnement en droit de l'Union Européenne	239
A. L'influence de la jurisprudence de la Cour sur les actes environnementaux.....	240
B. L'application du test de la valeur ajoutée aux politiques environnementales	241
1. Le caractère transfrontalier d'une matière	241
2. L'urgence de l'intervention de l'Union Européenne	241
§2. La capacité à agir en droit canadien de l'environnement	242
A. L'évaluation de la capacité à agir provinciale en droit de l'environnement.....	242
1. La remise en cause par la dissidence d'une conception in abstracto de la capacité à agir provinciale	243
2. L'évaluation des effets de l'abstention d'une Province par la majorité.....	244
B. La référence explicite au principe de subsidiarité.....	245
Sous-section 4. L'évaluation de la capacité à agir en matière d'aéronautique	246
§1. Le désaccord entre requérants et Cour sur la pertinence d'une analogie	246
§2. La mise en exergue du caractère transnational de l'aéronautique en droit de l'Union Européenne et en droit canadien.....	248
Sous-section 5. L'évaluation de la capacité à agir en matière de procréation assistée.....	250
Conclusion du chapitre 1.....	253
Chapitre 2. La limite tenue entre subsidiarité et proportionnalité.....	259
Section 1. La distinction entre subsidiarité et proportionnalité	259
§1. La distinction entre subsidiarité et proportionnalité en droit de l'Union Européenne.....	259
§2. La complémentarité des interventions fédérales et provinciales en droit canadien.....	261
A. La reconnaissance d'une complémentarité des interventions provinciales et fédérales.....	261
B. L'évaluation dynamique de l'intégration d'une disposition à la norme.....	263
1. L'évaluation de l'étendue de l'empiètement des compétences fédérales sur les compétences provinciales.....	264
a. La reprise des critères de Vapor Canada	267
b. La distinction entre GMC et le précédent Vapor Canada par la majorité	269
2. La confirmation d'une interprétation dynamique de l'intégration fonctionnelle de la disposition contestée à la loi.....	270
Section 2. L'assimilation de la subsidiarité et de la proportionnalité.....	271

Table des matières

Sous-section 1. La subsidiarité assimilée à la protection d'une marge de manœuvre pour les entités englobées.....	272
§1. La subsidiarité réduite à la protection des compétences étatiques	272
§2. La subsidiarité réduite à la protection des compétences provinciales	274
Sous-section 2. L'unicité comme critère de la capacité à agir fédérale en droit canadien	276
A. La définition du critère d'unicité	276
1. Une interprétation stricte du critère d'unicité.....	276
a. L'interprétation du critère d'unicité par la dissidence.....	277
b. La confirmation ultérieure d'une compétence partagée en matière d'environnement	280
2. L'interprétation du critère d'unicité par l'opinion majoritaire.....	281
a. La limitation de la compétence fédérale à l'incapacité provinciale	281
b. Le critère de l'incapacité provinciale comme indice de l'unicité et de l'indivisibilité du sujet et de la nécessité d'un traitement uniforme de la question	282
B. La divergence sur l'objet d'application du critère d'unicité	282
b. Les divergences sur le maintien de l'équilibre des compétences.....	287
<i>Conclusion du chapitre 2.....</i>	<i>291</i>
CONCLUSION DU TITRE I.....	293
TITRE II. LES RETICENCES DES COURS ASSUMER LEUR POUVOIR DE CONTROLE.....	295
<i>Chapitre 1. L'autolimitation des Cours dans leur contrôle de la subsidiarité.....</i>	<i>296</i>
Section 1. Une autolimitation des cours dans leur choix d'appliquer des mécanismes de subsidiarité..	297
Sous-section 1. Les fondements de l'autolimitation de la Cour de justice.....	298
§1. Les limites substantielles et structurelles à la justiciabilité du principe de subsidiarité.....	299
A. Les limites substantielles principe de subsidiarité.....	299
B. Les limites structurelles	300
§2. L'interprétation stricte du principe de subsidiarité.....	301
Sous-section 2. Les décisions exprimant une autolimitation des Cours	305
§1. Une autolimitation de la Cour de justice	305
A. L'abstention de la Cour d'appliquer la subsidiarité	305
1. Les hypothèses d'inapplicabilité du principe de subsidiarité	305
2. Les hypothèses d'inutilité d'une application de la subsidiarité.....	306
B. L'application du principe de subsidiarité par la Cour de justice	307
§2. Une autolimitation de la Cour suprême	308
A. La réticence de la Cour suprême à adopter une théorie fédérative	308
B. La volonté de la Cour de laisser aux institutions politiques le soin d'élaborer une théorie fédérative	309
Section 2. Un contrôle juridictionnel de la subsidiarité en deça de son potentiel.....	311
Sous-section 1. L'autolimitation des Cours à la recherche de l'intention du législateur.....	311
§1. L'autolimitation de la Cour de justice.....	311
A. Un contrôle juridictionnel formel de la motivation des dispositions attaquées.....	312
563. Un contrôle formel de la motivation dans Allemagne/ Parlement et Conseil	312
565. Un contrôle formel de la motivation dans la décision Pays-Bas / Parlement et Conseil	313
3. Un contrôle formel de la motivation dans la décision AvestaPolarit Chrome Oy et dans Commission / Estonie	313
4. Un contrôle limité de la motivation dans la décision Vodafone e.a.....	314
a. Le contrôle substantiel de la subsidiarité proposé par l'avocat général	314
b. Le contrôle formel de la Cour	314
5. La position de l'avocat général dans la décision British American Tobacco.....	314
5. Un contrôle formel de la motivation des normes en matière de relations de travail.....	315
B. Le requérant titulaire de la charge de la preuve.....	316
§2. L'évolution du contrôle de motivation par la Cour suprême	317
A. La latitude du gouvernement fédéral pour apprécier l'existence d'une crise	318
B. L'admission par la Cour suprême de « preuves extrinsèques »	319
Sous-section 2. La possibilité d'un contrôle juridictionnel plus approfondi de la subsidiarité	321
§1. L'évolution vers un contrôle substantiel de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne..	321
A. Le contrôle approfondi du partage vertical des compétences par la Cour de justice	322
1. Le contrôle approfondi de la proportionnalité par la Cour de justice	322
2. La possibilité d'une évolution de l'orientation de la Cour de justice quant à l'appréciation par l'Union de l'exercice de ses compétences.....	323
B. Les moyens susceptibles d'approfondir le contrôle de la subsidiarité par la Cour de justice.....	324
1. La référence à l'organisation interne de chaque Etat membre	324
2. La clarification des rapports entre subsidiarité et proportionnalité	325
3. La nécessité d'une argumentation approfondie des requérants.....	326

Table des matières

C. L'effet des avis de parlements nationaux.....	327
§2. L'évolution vers un contrôle substantiel de la Cour suprême	329
<i>Conclusion du chapitre 1.....</i>	<i>337</i>
<i>Chapitre 2. La légitimité d'un contrôle substantiel de la subsidiarité.....</i>	<i>339</i>
Section 1. La reconnaissance théorique d'un contrôle juridictionnel substantiel.....	339
Sous-section 1. L'influence des valeurs sur l'interprétation juridictionnelle de la subsidiarité.....	340
§1. Le caractère dynamique de l'acte de juger	340
§2. Une interprétation juridictionnelle dynamique de la subsidiarité	344
A. L'influence des valeurs sur l'exercice des compétences	344
B. Le lien entre subsidiarité législative et subsidiarité substantielle	346
C. Les conflits de valeurs derrière les conflits de compétences	348
§3. La légitimité du contrôle juridictionnel en démocratie délibérative.....	349
A. La justification publique réelle d'une décision comme fondement de sa légitimité en démocratie délibérative	349
B. La capacité du juge à contrôler cette délibération.....	350
Sous-section 2. Le choix entre valeurs opéré par les Cours.....	353
§1. Un contrôle juridictionnel reposant sur une conception subjective de la légitimité de décisions politiques	353
§2. La surdétermination dans l'analyse systémale	353
§3. La prise en compte des destinataires des décisions de justice	357
Conclusion de la section 1	359
Section 2. L'influence contextuelle sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité.....	361
Sous-section 1. L'influence institutionnelle sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité.....	361
§1. L'influence de la structure institutionnelle de l'Union Européenne.....	364
A. Les garanties de l'indépendance des juges de la Cour de justice	364
B. La difficulté pour la Cour de contester un consensus politique.....	366
§2. L'indépendance du judiciaire, condition de légitimité de la Cour suprême.....	367
a. L'indépendance institutionnelle.....	369
b. L'indépendance individuelle.....	369
c. L'apparence d'indépendance, une condition de légitimité	370
Sous-section 2. L'influence du contexte politique et social sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité	370
§1. L'influence du contexte politique et social sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne.....	370
§2. L'influence du contexte politique et social sur le contrôle juridictionnel de la subsidiarité au Canada	372
1. L'influence contextuelle sur l'interprétation de la subsidiarité en matière d'environnement.....	372
a. L'influence des Ententes Intergouvernementales sur le partage des compétences environnementales.....	373
b. La réunion du Conseil Canadien des Ministres de l'Environnement	374
2. Le contexte politique de la décision Renvoi relatif à la loi sur la procréation assistée	376
3. La légitimité de la recherche d'efficacité par la Cour dans le domaine commercial.....	378
Conclusion de la section 2	383
<i>Conclusion du chapitre 2.....</i>	<i>385</i>
CONCLUSION DU TITRE II ET DE LA DEUXIEME PARTIE.....	387
CONCLUSION GENERALE.....	389
Mode de citation.....	7
BIBLIOGRAPHIE	Erreur ! Signet non défini.
I. DOCTRINE	399
A. Union Européenne	399
1. Ouvrages généraux.....	399
3. Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies	401
4. Articles.....	403
5. Chroniques, Contributions, Communications académiques, Discours	410
B. Canada.....	411
1. Ouvrages généraux.....	411
2. Dictionnaires, Encyclopédies, Répertoires	411
3. Ouvrages spécialisés, Thèses, Monographies	411
4. Articles.....	411
4. Articles.....	Erreur ! Signet non défini.
5. Chroniques, Contributions, Communications, Textes historiques	415

Table des matières

C. Théorie politique et théorie de l'interprétation	416
D. Sites Internet.....	420
1. Union Européenne.....	420
2. Canada.....	420
II- LÉGISLATION ET COMMUNICATIONS INSTITUTIONNELLES	421
A. Droit de l'Union Européenne et des Etats membres.....	421
1. Traités et Protocoles.....	421
2. Règlements, directives	421
3. Accords-cadres.....	422
4. Conseils européens	422
5. Livres verts	422
6. Livres blancs.....	422
10. Déclarations, résolutions, rapports, recommandations, avis, communications, conférence Inter-Gouvernementale.....	422
11. Questions écrites et réponses de la Commission.....	424
12. Rencontres.....	425
13. Convention européenne	425
B. Droit canadien	426
1. Lois	426
a. Lois constitutionnelles.....	426
2. Rapports, Communiqués d'informations, travaux de Commissions.....	426
C. Normes internationales et nationales	428
III. TABLES DE JURISPRUDENCE	430
A. Jurisprudence de la Cour de justice.....	430
2. Conclusions des avocats généraux	432
3. Avis de la Cour de justice	433
B. Jurisprudence de la Cour Suprême du Canada.....	433
Index.....	439
Index jurisprudentiel	443
Jurisprudence de la Cour de justice.....	443
Jurisprudence de la Cour Suprême.....	445
Table des matières	448
Mots-clés	455
Résumé	455

Mots-clés subsidiarité, contrôle juridictionnel, interprétation juridictionnelle, partage des compétences, théorie de l'interprétation, proportionnalité, exercice des compétences, objectif de l'Union Européenne, droit comparé, droit de l'Union Européenne, droit constitutionnel canadien

Résumé La précision des critères d'application du principe de subsidiarité et le développement de son contrôle par les institutions politiques constituent un progrès vers un plus grand respect de ce principe ; ces avancées restent néanmoins insuffisantes à en prévenir toute violation. En droit canadien, le problème est similaire, la précision des critères de la clause Paix, Ordre et Bon Gouvernement et de la clause de commerce, si utile qu'elle soit, ne permet pas d'éviter tout conflit de loi. L'étude de la jurisprudence de la Cour de Justice montre ses réticences à procéder à un contrôle allant au-delà de la recherche d'une motivation formelle de la nécessité de l'intervention européenne. Pourtant, la comparaison de la capacité à agir des différents niveaux de gouvernements, capacité à agir évoluant dans le temps, ne peut se faire sans référence au contexte d'application de la norme. La Cour de Justice pourrait comme la Cour Suprême du Canada, expliciter dans ses décisions son appréciation de la capacité à agir de chaque niveau de gouvernement. La subsidiarité éclaire sous un jour nouveau la clause de commerce ou la doctrine de l'intérêt national, jusqu'alors parfois perçues comme permettant un développement constant et unilatéral des compétences fédérales au détriment de celles des provinces. L'efficacité du contrôle du principe de subsidiarité ne dépend pas seulement de la Cour qui le met en œuvre mais peut aussi dépendre des institutions politiques l'ayant saisi, de l'argumentation des requérants en particuliers.

Keywords subsidiarity, judicial review, judicial interpretation, division of powers, proportionality, comparative law, European Union law, constitutional law

Summary The precision of the criteria for the application of the principle of subsidiarity and the development of political institutions' capacity to regulate it constitute progress towards increased respect for this principle; nevertheless, these advances remain insufficient to prevent all potential violations of the principle. In Canadian law the problem is similar; making the criteria of the Peace, Order and Good Government clause and of the commerce clause more precise is necessary. Nevertheless, however useful it is, it is not enough to avoid all conflicts. The study of the jurisprudence of the Court of justice shows its reluctance to proceed to a control going beyond the search for a formal motivation of the necessity of the European intervention. The comparison of the capacity to act of different levels of governments, evolving in time, cannot be made without

reference to the context of the application of the principle of subsidiarity. The Court of justice can, as the Supreme Court of Canada does, clarify in its decisions its appreciation of the capacity to act of each level of government. The principle of subsidiarity enlightens in a new light the commerce clause and the doctrine of the national interest, until then sometimes perceived as allowing a constant and unilateral growth of federal power at the expense of the provinces. Efficient regulation of the principle of subsidiarity not only depends of the Court that applies it, but it can also depend on political institutions and applicants' arguments.